

# teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

## **Garantías constitucionales, prensa y Derecho penal**

INCLUYE ACCESO  
A LA VISUALIZACIÓN  
ONLINE DEL FONDO  
COMPLETO DE LA  
REVISTA

### Sumario

#### DEBATE

Garantías constitucionales, prensa y Derecho penal

Tomás S. Vives Antón y María Luisa Cuerda

Mercedes García Arán

Luis López Guerra

José Luis Ramírez

Marc Carrillo

José Manuel Paredes Castañón

Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno

María Acale Sánchez

Andrea Planchadell Gargallo

María Luisa Cuerda Arnau

Montserrat Raga Marimón

Miguel Rodríguez Marcos

Ignacio González Vega

Emilio Fernández García

#### ESTUDIOS

Niveles de legitimación

Owen Fiss

Sobre la certeza y el error de tipo objetivamente invencible

José Antonio Ramos Vázquez

Blanqueo de capitales y principios penales

Ángela Matallín Evangelio

#### TEMAS DE HOY

Justicia administrativa y medios alternativos de resolución de conflictos: ¿utopía o realidad?

Carla Esplugues Barona

La tutela del derecho fundamental a un recurso efectivo a la luz de la directiva 2013/32/UE: reflexiones sobre el asunto *N.D. y N.T. vs. España*

Francesca Tassinari

REVISTA SEMESTRAL. DICIEMBRE nº 24/2018

nº 24



tirant  
lo blanch



# teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

REVISTA SEMESTRAL. DICIEMBRE 24/2018

[teoriayderecho.tirant.com](http://teoriayderecho.tirant.com)

[teoriayderecho.com](http://teoriayderecho.com)

## CONSEJO EDITORIAL:

**María José Añón Roig**

*Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia (Coordinadora)*

**María Luisa Cuerda**

*Catedrática de Derecho Penal. Universidad Jaume I*

**Fernando Flores Giménez**

*Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Valencia*

**Ángel M. López y López**

*Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla*

**Tomás S. Vives Antón**

*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia (Director)*

## COMITÉ CIENTÍFICO:

**Ana Cañizares Laso**

*Catedrática de Derecho Civil  
de la Universidad de Málaga*

**Jorge A. Cerdio Herrán**

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho  
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

**José Ramón Cossío Díaz**

*Ministro de la Suprema Corte  
de Justicia de México*

**Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot**

*Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos  
Investigador del Instituto de Investigaciones  
Jurídicas de la UNAM*

**Owen Fiss**

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la  
Universidad de Yale (EEUU)*

**José Antonio García-Cruces González**

*Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED*

**Luis López Guerra**

*Catedrático de Derecho Constitucional de la  
Universidad Carlos III de Madrid*

**Marta Lorente Sariñena**

*Catedrática de Historia del Derecho de la  
Universidad Autónoma de Madrid*

**Javier de Lucas Martín**

*Catedrático de Filosofía del Derecho y  
Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

**Víctor Moreno Catena**

*Catedrático de Derecho Procesal de la  
Universidad Carlos III de Madrid*

**Francisco Muñoz Conde**

*Catedrático de Derecho Penal de la  
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

**Angelika Nußberger**

*Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Catedrática de  
Derecho Internacional de la Universidad de Colonia (Alemania)*

**Héctor Olasolo Alonso**

*Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario  
(Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya  
(Holanda)*

**Luciano Parejo Alfonso**

*Catedrático de Derecho Administrativo de la  
Universidad Carlos III de Madrid*

**Tomás Sala Franco**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la  
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

**Ignacio Sancho Gargallo**

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)  
del Tribunal Supremo de España*

**Ruth Zimmerling**

*Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz  
(Alemania)*

Han formado parte del Comité Científico: Gregorio Peces-Barba  
Martínez; Rosario Valpuesta Fernández y Emilio Beltrán

Asistente a la dirección: Víctor Merino Sancho

Corrector ortotipográfico y de estilo: Pablo Miravet Bergón

PVP número suelto: 89 euros (IVA incluido)

PVP suscripción anual (2 números): 169 euros (IVA incluido)

Redacción, Administración y Suscripción

Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia Tel.: (+34) 963610048 Fax: (+34) 963694151

E-mail: [teoria.derecho@uv.es](mailto:teoria.derecho@uv.es); [teoria@tirant.com](mailto:teoria@tirant.com). Sitios web: <http://teoriayderecho.tirant.com>; <http://teoriayderecho.com>

Correspondencia: C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

Edita: Tirant lo Blanch

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

© Tirant lo Blanch

Telfs.: 96/361 00 48 - 50

Fax: 96/369 41 51

Mail: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)

<http://www.tirant.com>

ISSN: 1888-3443

Depósito legal: V - 2840 - 2007

# SUMARIO

## DEBATE

### Garantías constitucionales, prensa y Derecho penal

Presentación .....	11
<i>Tomás S. Vives Antón y María Luisa Cuerda</i>	
Libertad de información y procesos penales en curso .....	14
<i>Mercedes García Arán</i>	
Juicios paralelos, presunción de inocencia y jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	34
<i>Luis López Guerra</i>	
La justicia penal en la sociedad digital .....	50
<i>José Luis Ramírez</i>	
Derechos fundamentales y poder judicial en la sentencia de La Manada .....	64
<i>Marc Carrillo</i>	
La interacción entre los medios de comunicación social y la política criminal en las democracias de masas.....	92
<i>José Manuel Paredes Castañón</i>	
¿Más calor que luz? Vicios y virtudes de la publicidad de la información en la política criminal.....	116
<i>Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno</i>	
Política criminal falseada y medios de comunicación .....	134
<i>María Acale Sánchez</i>	
Publicidad del proceso e intimidad de la víctima: una aproximación desde el Estatuto de la Víctima del Delito .....	150
<i>Andrea Planchadell Gargallo</i>	
Introducción: la respuesta conjunta de las asociaciones de jueces y fiscales ante un caso paradigmático.....	179
<i>María Luisa Cuerda Arnau</i>	
El vínculo entre la justicia y la ciudadanía.....	185
<i>Montserrat Raga Marimón</i>	
El otro juicio .....	189
<i>Miguel Rodríguez Marcos</i>	
Límites a la libertad de prensa, información y opinión sobre la actividad judicial.....	197
<i>Ignacio González Vega</i>	
Juicios paralelos, imparcialidad de los tribunales y opinión pública: repercusiones en la vida política y en las resoluciones judiciales .....	211
<i>Emilio Fernández García</i>	

## ESTUDIOS

Niveles de legitimación.....	222
<i>Owen Fiss</i>	
Sobre la certeza y el error de tipo objetivamente invencible .....	246
<i>José Antonio Ramos Vázquez</i>	
Blanqueo de capitales y principios penales.....	272
<i>Ángela Matallín Evangelio</i>	

## TEMAS DE HOY

Justicia administrativa y medios alternativos de resolución de conflictos: ¿utopía o realidad?.....	304
<i>Carla Esplugues Barona</i>	
La tutela del derecho fundamental a un recurso efectivo a la luz de la directiva 2013/32/UE: reflexiones sobre el asunto <i>N.D. y N.T. vs. España</i> .....	326
<i>Francesca Tassinari</i>	
Normas de edición de la revista .....	349
Normas éticas y declaración de buenas prácticas.....	359

# SUMMARY

## DEBATE

### Constitutional guarantees, press and criminal law

Presentation .....	11
<i>Tomás S. Vives Antón y María Luisa Cuerda</i>	
Freedom of information and criminal proceedings ongoing.....	14
<i>Mercedes García Arán</i>	
Parallel trials, right to the presumption of innocence and the case law of the European Court of Human Rights .....	34
<i>Luis López Guerra</i>	
Criminal Justice in the digital era .....	50
<i>José Luis Ramírez</i>	
Fundamental rights and the judiciary in the case La Manada.....	64
<i>Marc Carrillo</i>	
The interaction between media and criminal policy in mass democracies.....	92
<i>José Manuel Paredes Castañón</i>	
Much more heat than light? Vices and virtues of publicity of information within the criminal politics.....	116
<i>Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno</i>	
Distorted criminal politics and mass media .....	134
<i>María Acale Sánchez</i>	
Publicity of judicial proceedings and victim's privacy: An approach from the Statute of Victims of Crime.....	150
<i>Andrea Planchadell Gargallo</i>	
Introduction: The joint response from judges and public prosecutors associations front a paradigmatic case .....	179
<i>María Luisa Cuerda Arnau</i>	
The link between the justice and the citizenship .....	185
<i>Montserrat Raga Marimón</i>	
The other judgment.....	189
<i>Miguel Rodríguez Marcos</i>	
Boundaries to the freedom of press, information and opinion about the judicial activity .....	197
<i>Ignacio González Vega</i>	
Parallel judgments, impartiality of tribunals and public opinion: repercussions with the politic life and judicial resolutions .....	211
<i>Emilio Fernández García</i>	

## STUDIES

Levels of legitimacy .....	222
<i>Owen Fiss</i>	
On certainty and the unavoidable mistake about an element of the crime .....	246
<i>José Antonio Ramos Vázquez</i>	
Money laundering and criminal law principles .....	272
<i>Angela Matallín Evangelio</i>	

## ACTUALITY

Administrative justice and alternative dispute resolutions methods: utopia or reality? ....	304
<i>Carla Esplugues Barona</i>	
The protection of the fundamental right to an effective appeal according to the Directive 2013/32/EU: reflections on the affaire <i>ND &amp; NT vs. Spain</i> .....	326
<i>Francesca Tassinari</i>	
Author guidelines.....	349
Ethical guidelines .....	359







# DEBATE

## Presentación

*Tomás S. Vives Antón y María Luisa Cuerda Arnau*

Libertad de información y procesos penales en curso

*Mercedes García Arán*

Juicios paralelos, presunción de inocencia y jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

*Luis López Guerra*

La justicia penal en la sociedad digital

*José Luis Ramírez Ortiz*

Derechos fundamentales y poder judicial en la sentencia de La Manada

*Marc Carrillo*

La interacción entre los medios de comunicación social y la política criminal en las democracias en masas

*José Manuel Paredes Castañón*

¿Más calor que luz? Vicios y virtudes de la publicidad de la información en la política criminal

*Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno*

Política criminal falseada y medios de comunicación

*María Acale Sánchez*

Publicidad del proceso e intimidad de la víctima: una aproximación desde el estatuto de la víctima del delito

*Andrea Planchadell Gargallo*

Introducción: la respuesta conjunta de las asociaciones de jueces y fiscales ante un caso paradigmático

*María Luisa Cuerda Arnau*

El vínculo entre la justicia y la ciudadanía

*Montserrat Raga Marimón*

El otro juicio

*Miguel Rodríguez Marcos*

Límites a la libertad de prensa, información y opinión sobre la actividad judicial

*Ignacio González Vega*

Juicios paralelos, imparcialidad de los tribunales y opinión pública: repercusiones en la vida política y en las resoluciones judiciales

*Emilio Fernández García*



# PRESENTACIÓN

Tomás S. Vives Antón

Catedrático emérito de Derecho penal  
Universitat de València

María Luisa Cuerda Arnau

Catedrática de Derecho penal  
Universitat Jaume I de Castellón

El presente debate surge a raíz de la polémica suscitada alrededor de una sentencia: la recaída en el caso conocido como La Manada, aunque intenta ir mucho más allá de esa controversia. En efecto, la discusión sobre la sentencia gira fundamentalmente en torno a la violencia de género y a la necesidad de reprimirla, pero a propósito de esa cuestión principal se han vertido una serie de declaraciones que plantean problemáticas muy diversas.

Así, apenas unas horas después de que se hiciera pública la sentencia ya se alzaron las voces de quienes clamaban contra la condena a nueve años de prisión y proclamaban que en España la violación sale gratis, manifestando una idea de la gratuidad que es difícil compartir. Asimismo, la resolución de la Audiencia Provincial de Navarra ha motivado que algunos planteen la necesidad de acometer con urgencia la reforma del Código Penal para, entre otras cosas, recuperar el delito de violación e incrementar las penas para hechos de esta índole, objetivos ambos francamente discutibles, dado que, si en 1995 se prescindió de ese calificativo, fue porque es un icono de la cultura machista: «Antes muerta que deshonrada» ha sido históricamente el absurdo lema que ha presidido la incriminación de una conducta como violación. Frente a esa concepción, el Código Penal de 1995 centró la calificación de los hechos en la existencia de un ataque más o menos grave a la libertad sexual en función del medio utilizado para quebrantar la voluntad de la víctima, criterio que merece, al menos, ser tomado en consideración. No vale la pena entrar en más detalles del caso que ha dado origen a este debate. Sí es necesario, en cambio, señalar con nitidez los límites de lo punible y de lo que no puede serlo y, al hilo de esta cuestión, hacer hincapié en los requisitos y los límites del castigo. Porque, ciertamente, el castigo, como institución jurídica que es, debe conjugar dos tipos de exigencias: las que derivan del concepto mismo de Estado de Derecho y las que nacen de las ideas de utilidad y necesidad. A la totalidad de ese ámbito se refiere este debate.

Por otra parte, singular relevancia tiene la tutela del proceso justo, que puede verse constreñido por las exigencias punitivas manifestadas por una opinión pública no suficientemente informada —o, incluso, deliberadamente manipulada por ciertos medios de comunicación irresponsables a los que la formación de una opinión pública libre les trae sin cuidado—. Por si esto no bastara, en los últimos años hemos asistido a insólitas declaraciones de responsables políticos que, ignorando las reglas más elementales de la división

de poderes, han contribuido a afianzar un punitivismo ambiental que puede dificultar la actuación imparcial de nuestros jueces. Tampoco es desdeñable el peligro que para el derecho a la tutela judicial efectiva representan las demandas de quienes sostienen que hay que creer a toda costa a las mujeres, a los niños y, en general, a las víctimas. En el ámbito penal, esta idea no parece compatible con la presunción de inocencia, que exige que, para que se imponga una condena, los hechos hayan sido probados más allá de toda duda razonable y que, por lo tanto, consagra la obligación judicial de someter a duda toda prueba, lo cual no implica rechazarla. Por lo demás, es obvio que también ha de repararse en los derechos que pueden verse afectados a lo largo del proceso: particular importancia tiene el respeto al derecho a la intimidad, derecho que, especialmente en el caso de las víctimas, resulta a menudo insuficientemente tutelado. Todo lo dicho obliga a llevar a cabo una profunda reflexión sobre la libertad de prensa, su ámbito general y sus límites particulares. Estos temas y otros relacionados directamente con ellos son los que se analizan en los siguientes trabajos. Agradecemos muy sinceramente a todos los que han aceptado la invitación de *Teoría & Derecho* —académicos, jueces y fiscales— su contribución al enriquecimiento de un debate que interesa a todos los demócratas.



# LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y PROCESOS PENALES EN CURSO FREEDOM OF INFORMATION AND CRIMINAL PROCEEDINGS ONGOING

*Mercedes García Arán*

*Catedrática de Derecho Penal  
Universidad de Barcelona*

## RESUMEN

A partir de los efectos perjudiciales de la información periodística sobre derechos individuales y sobre el proceso, en este trabajo se analizan los límites del derecho a la información en las leyes y en la jurisprudencia constitucional para aplicarlos a la protección del proceso y de los sometidos al mismo. En esta línea, el interés general que legitima la información sobre el proceso penal no abarca cualquier información sobre datos concretos ni la difusión de cualquier imagen, resultando obligado un juicio de proporcionalidad que obliga a reflexionar, entre otros temas, sobre la publicidad del juicio oral.

## PALABRAS CLAVE

Derecho a la información, proceso penal, información sobre las actuaciones judiciales, información sobre el juicio oral.

## ABSTRACT

From the adverse effects of journalistic information about individual rights and the proceedings, the limits to the right on information within the law and the constitutional case law are analyzed in order to being applied to the protection of the proceedings. Regarding this, the general interest, which legitimizes the information about the criminal proceedings, does not cover any information about concrete data, either the dissemination of any image, being obligatory a ponderation, which compels to reflect on the publicity of the oral hearings, amongst others.

## KEY WORDS

Right to information, criminal proceedings, information about judicial acts, information about the oral hearings.

# LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y PROCESOS PENALES EN CURSO

Mercedes García Arán

Catedrática de Derecho penal  
Universidad Autónoma de Barcelona

**Sumario:** 1. Algunos efectos de la información sobre los derechos individuales y sobre el proceso. 2. El habitual problema de equilibrio y algunos criterios orientadores. 2.1. El derecho a la información es derecho a darla y a recibirla. 2.2. El interés general. 2.3. Derecho a saber, ¿cuándo?. 2.4. Derecho a saber ¿cómo?. 3. En concreto, los llamados «juicios paralelos». 4. Derecho a la información y principio de publicidad de las actuaciones procesales. 4.1. La publicidad durante la investigación: las incidencias de la investigación y el material probatorio. 4.1.1. Las incidencias de la investigación. 4.1.2. El material probatorio. 4.2. La publicidad y el juicio oral. 5. Consideraciones finales. Bibliografía.

El derecho a la información incluye, sin duda, el derecho a conocer el desarrollo de procesos penales que son de interés general, concepto muy manoseado al que luego me referiré. Y resulta igualmente obvio que, como todos los derechos, conoce límites ya suficientemente desarrollados en la jurisprudencia constitucional, límites que pueden incluso generar perjuicios para los afectados por la información cuando esta esté protegida constitucionalmente.

Sin embargo, la información cotidiana sobre procesos penales sigue planteando situaciones de conflicto en las que los perjuicios para los derechos del sujeto sometido al proceso y para el proceso mismo parecen excesivos y obligan a reflexionar sobre los criterios orientadores en cada caso. Como punto de partida, recordemos unas cuestiones básicas.

## 1. ALGUNOS EFECTOS DE LA INFORMACIÓN SOBRE LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y SOBRE EL PROCESO

Los efectos sobre el denunciado, investigado o procesado recaen principalmente en su intimidad, su honor e incluso su imagen y, en muchos casos, deben considerarse inevitables y constitucionalmente legítimos. La presunción de inocencia, concebida como el derecho a ser considerado inocente hasta que la condena devenga firme, se orienta a paliar

aquellos efectos. Tal derecho a un determinado «trato» no solo incluye los efectos procesales (limitación de la prisión preventiva etc.), sino también una dimensión extraprocésal de la presunción de inocencia que alcanza al modo en que debe ser tratado en los medios de comunicación.

En este ámbito, resulta irritante el agotador —e incorrecto— uso de los términos «presunto» y «presuntamente» en referencia al afectado, al que, sin solución de continuidad, se le trata como si ya hubiera sido declarado culpable. El uso es incorrecto por cuanto la presunción es *de inocencia* y, por ello, la expresión «presunto responsable» contradice de raíz el principio constitucional. Sin embargo, la expresión ha triunfado y se encuentra ya en el mismísimo Código Penal (*vid.* el encubrimiento de «presuntos responsables» en el art. 451. 3º), por lo que lo mejor es darse por vencido y centrarse en cuestiones materiales.

En dicho plano, las informaciones sobre criminalidad, especialmente cuando se trata de delitos violentos, frecuentemente priorizan la estigmatización del autor sobre la explicación de los hechos (aunque en esta no falten o incluyan extremos aún no demostrados). Hablar del autor construyendo una suerte de historia literaria basada en sus costumbres, sus inclinaciones, su pasado etc. es una práctica periodística muy celebrada, pero tiene efectos demoledores sobre su imagen pública y su derecho a un tratamiento «extraprocésal» como inocente, sin entrar ahora en la evidente relación de ese modo de ejercer el periodismo con el Derecho penal de autor, rasgo totalitario que avanza inexorablemente en las tendencias del Derecho penal actual.

La familia del afectado puede verse igualmente incluida en el relato: la construcción de la noticia parece exigir también la construcción de una «historia criminal» que incluye el medio familiar si resulta propicio: familia desestructurada o no, católica o no, estrato social determinado etc.; en suma: escrutinio público de la familia. Pueden citarse como ejemplos la orientación sexual de la madre de la víctima (caso Rocío Wanninkhof), las circunstancias familiares de los acusados en el caso Marta del Castillo o en el asesinato de una indigente que dormía en un cajero de Barcelona, en el que se escrutó públicamente tanto a la familia de la víctima como a las de los autores, ambas de clase acomodada.

Por último, no son desdeñables los efectos sobre la víctima del delito: algunos medios especializados en sucesos criminales la utilizan para generar morbo, brindándole un altavoz que, si bien puede suponer para ella una gratificación inmediata, le da la razón en aquello que la tiene, pero también en lo que no la tiene; si, posteriormente, el proceso no responde a las expectativas artificialmente creadas, ello incrementará su victimización.

También queda afectado otro derecho que suele ser menos mencionado: el derecho a la contradicción de las pruebas en un juicio donde estas serán valoradas por un tribunal imparcial. Es cierto que los juicios mediáticos paralelos —sobre los que volveremos más adelante— no lesionan estos derechos en sentido estricto, puesto que finalmente tendrá lugar el auténtico juicio y es allí donde habrá que velar por las garantías procesales. Pero no es menos cierto que, materialmente, provocan similares o mayores perjuicios para el afectado: la opinión pública se sitúa temporalmente en la posición del tribunal, sin imparcialidad (porque suele pronunciarse exclusivamente a favor de la víctima), antes de tiempo



(sin práctica ni valoración judicial de las pruebas), sin todos los elementos de juicio y llega a una conclusión, generalmente condenatoria, sin ninguna de las garantías jurídicas exigibles.

Con esta última consideración se apunta al otro ámbito de posible afectación por la información, esto es, el propio proceso como cauce para administrar justicia entendida como interés público. El art. 120 de la Constitución establece el principio de publicidad de las actuaciones judiciales con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento; también son públicas, obviamente, las sentencias. La excepción establecida por las leyes procesales al principio de publicidad se concreta en el carácter reservado de las diligencias (art. 301 LECrim) y la declaración del secreto sumarial (art. 302 LECrim), así como en la posibilidad de declarar la celebración del juicio oral a puerta cerrada (art. 680 LECrim).

Los intereses con los que puede colisionar la libertad de información en estas situaciones son, obviamente, aquellos que pretendemos proteger mediante el carácter reservado o secreto de las diligencias. Sobre ello también volveremos más adelante, pero en este punto conviene recordar que la finalidad del conocimiento reservado de las diligencias radica en la prevención de situaciones que pueden comprometer el éxito de la investigación penal: por ejemplo, la desaparición de pruebas o la alerta de posibles investigados. La declaración expresa de secreto sumarial que incluye a las partes (art. 302 LECrim) pretende impedir que el «conocimiento e intervención del acusado en las actuaciones judiciales pueda dar ocasión a interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación en su objetivo de averiguación de la verdad de los hechos» (STC 176/1998).

En resumen: el derecho a la información puede entrar en conflicto tanto con derechos individuales como con la protección del proceso. A ambas cuestiones nos referiremos en lo que sigue.

## 2. EL HABITUAL PROBLEMA DE EQUILIBRIO Y ALGUNOS CRITERIOS ORIENTADORES

Los procesos penales son, en general, hechos noticiables, es decir, objeto del derecho a la información no solo cuando se trata de casos con implicaciones políticas, sino también en muchos casos de delincuencia ajena a dicho ámbito.

La cuestión del eventual conflicto con derechos individuales o con la protección del proceso que se ha apuntado en el apartado anterior se reconduce a la frecuente cuestión del equilibrio entre unos y otros.

En mi opinión, como marco general para abordarlo es útil recordar que, en efecto, el principio de publicidad de los juicios es un avance del Estado liberal y el pensamiento de la Ilustración contra el secretismo de la delación, los juicios secretos, la utilización de la tortura como medio de obtención de pruebas etc. Es decir, se trata de una conquista civilizatoria. Sin embargo, y en estrecha relación con lo dicho, debe recordarse que también lo es el derecho a un juicio imparcial, que deberá ser público precisamente para garantizar

tal imparcialidad. Ambas características se oponen a los juicios y los linchamientos populares, de manera que el hecho de que se favorezca la publicidad no puede utilizarse como pretexto para perjudicar, en la práctica, el derecho a un juicio imparcial en los términos antes apuntados.

## 2.1. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN ES DERECHO A DARLA Y A RECIBIRLA

Se olvida a veces que ambas dimensiones del derecho, reconocidas en el art. 20.1. d) de la Constitución, se encuentran íntimamente relacionadas en el sentido de que el derecho a comunicar la información se limita a aquello sobre lo que tenemos derecho a recibirla. En otras palabras, existe derecho a informar sobre aquello que tenemos derecho a saber. Los medios de comunicación son los principales —aunque no los únicos— vehículos del derecho a la información y, por tanto, tienen derecho a comunicar aquello que los ciudadanos tenemos derecho a conocer. Y el derecho a saber no equivale al «deseo» de conocer o la mera curiosidad.

## 2.2. EL INTERÉS GENERAL

Como es sabido, según abundante jurisprudencia constitucional la Constitución protege el derecho a comunicar o recibir informaciones cuando estas sean, además de veraces (esto es, contrastadas diligentemente, STC 192/1999), de *interés general*, circunstancias que pueden determinar la prevalencia de este derecho sobre los derechos a la intimidad o al honor de las personas afectadas por la información (desde la fundamental STC 6/1981 y, entre otras muchas, SSTC 135/1995, 68/2008 y 129/2009).

La exigencia de que la noticia sea de interés general es, probablemente, una de las más deficientemente comprendidas en el ámbito de los medios de comunicación, entre cuyos profesionales no es infrecuente escuchar afirmaciones que equiparan el interés general con lo que interesa «a la gente», apreciación absolutamente alejada de las exigencias constitucionales. En efecto, la especial protección de la información se basa en su carácter fundamental para la formación de una opinión pública libre, requisito, a su vez, de la participación democrática (SSTC 171/1990 y 20/1992) y no en la satisfacción mayor o menor de la curiosidad popular (STC 185/2002). Ello no significa que el derecho a informar proteja solo hechos relevantes en el ámbito político *stricto sensu*, sino que puede incluir también hechos privados de cargos públicos o profesionales que los ciudadanos tienen derecho a conocer para formar su opinión en términos generales, lo que incluye a los procesos penales.

La relevancia para el interés público de un proceso penal se destaca, entre otras, en la STC 127/2003, que otorgó el amparo a una mujer que había demandado a determinados medios de comunicación que habían publicado una noticia de manera que podía identificársela fácilmente como víctima de abusos sexuales por parte de su padre. La identificación de la víctima, en efecto, resulta absolutamente innecesaria para informar sobre el proceso penal en curso, aunque este pueda ser un asunto de interés general.

### 2.3. DERECHO A SABER, ¿CUÁNDO?

El momento en que se aspira a comunicar o recibir la información es relevante porque, si ha transcurrido mucho tiempo desde el acaecimiento de los hechos, puede resultar ya indiferente su conocimiento a los efectos de la formación de opinión, aunque algunas informaciones del pasado puedan seguir siendo relevantes para la formación de la opinión pública actual. Por tanto, debe reconocerse la importancia de que no transcurra un tiempo excesivo entre la ocurrencia de los hechos noticiables y su conocimiento para que este resulte auténticamente relevante para el interés general.

Sin embargo, es evidente que los tiempos judiciales y los tiempos periodísticos son diferentes. Es más, están revestidos de exigencias que discurren en sentidos absolutamente contrarios.

En efecto, la posibilidad legal y la exigencia de publicidad del proceso penal van de menos a más. Esta va creciendo desde los momentos iniciales, en los que la exigencia de publicidad es escasa: durante la investigación, las *actuaciones* judiciales son públicas (salvo en los supuestos excepcionales contemplados por las leyes procesales, art. 120.1 CE). Pero tal exigencia no incluye a los hechos objeto de la investigación, cuya publicidad, sin embargo, *puede* estar amparada por el derecho a la información si son de interés general. Es esta una línea iniciada por la jurisprudencia constitucional (entre otras, STC 185/2002 de 14 de octubre) a fin de reconocer el interés informativo que, como veremos, prácticamente hizo desaparecer el secreto del sumario general o *extra partes*.

Llegado el juicio, la exigencia de publicidad aumenta: es una actuación judicial pública por imperativo constitucional; además, su incumplimiento provoca la nulidad de la vista *ex art.* 680 de la LECrim, a no ser que se haya ordenado su celebración a puerta cerrada por las razones excepcionales contempladas en la ley. Como se ha dicho, se trata de una garantía de origen liberal para asegurar la efectiva existencia de la práctica de la prueba y la contradicción entre las partes. Por último, la exigencia de publicidad de la sentencia no admite excepciones, debiendo incluso ser pronunciada en audiencia pública (art. 120.3 CE).

En cambio, el interés periodístico por los hechos objeto del proceso penal discurre justamente en sentido contrario: es máximo cuando se descubre el delito y se inician las investigaciones para descubrir a sus responsables, va disminuyendo a medida que avanza el proceso en su lento caminar y —salvo en casos de excepcional repercusión mediática— suele ser mínimo cuando recae la sentencia. En suma, la mayor exigencia del interés periodístico se da cuando las condiciones legales de publicidad de las actuaciones son menores y cuando mayores perjuicios pueden causarse al proceso y a los derechos de los afectados.

En mi opinión, esta divergencia de ritmos es uno de los motivos más frecuentes de conflicto. Desde el punto de vista de los medios, el interés no estriba solo en informar, sino especialmente en informar «antes que los demás», que constituye un valor comercial y, por tanto, empresarial. Por eso, tienen más interés en la investigación cuando los hechos permanecen relativamente ocultos y este suele decaer en la sentencia porque todos pueden conocerla.

Ahora bien, el derecho a comunicar o recibir información no equivale al derecho a ser el primero en comunicarla o en recibirla. Como antes se ha apuntado, los hechos demasiado antiguos pueden haber perdido el interés general y, por tanto, para que este se mantenga, el tiempo transcurrido no debe ser demasiado prolongado para que decaiga, pero el derecho a estar informado no es equiparable a un supuesto derecho a la información en tiempo real sobre todas las vicisitudes e incidencias de la investigación, especialmente porque afectan a personas aún inocentes, condición que no se compensa con la ritualizada utilización del término «presunto».

En otros términos: la limitación del derecho a la información, que simplemente retrasa temporalmente su conocimiento para proteger el proceso y a los que están sometidos al mismo, es una limitación constitucionalmente tolerable porque no elimina el contenido del derecho, sino que pospone de manera proporcionada su ejercicio. Por esta razón, como veremos al analizar las implicaciones del secreto sumarial, este puede entrar en conflicto antes con el derecho de defensa que con la libertad de información.

#### 2.4. DERECHO A SABER ¿CÓMO?

En principio, el derecho a «saber algo» no incluye el derecho a «verlo», matiz que apunta directamente a la legitimidad de la utilización de la imagen. Sin embargo, tan radical afirmación de principio sobre el contenido del derecho a la información debe ser inmediatamente matizada en unas sociedades crecientemente caracterizadas por la hegemonía de la cultura de la imagen, en las que la fotografía o el vídeo pueden resultar del máximo interés informativo; incluso un medio tan privado tradicionalmente de imagen como la radio ha incorporado ya el seguimiento de los programas a través de *streaming*.

Por citar algunos ejemplos históricos: en España, posiblemente la intentona golpista del 23 de febrero de 1981 habría sido valorada social e incluso jurídicamente de manera distinta si las cámaras de televisión no la hubieran grabado, permitiendo conocer sin ningún género de dudas las características de los hechos y la identidad de sus autores. O, en informaciones que ya forman parte de la historia del periodismo: las imágenes de la niña vietnamita que huía desnuda de los bombardeos norteamericanos o del cadáver del niño sirio ahogado en una playa griega en su intento de alcanzar refugio en Europa contribuyeron de manera esencial a que la opinión pública no solo conociera la dimensión real de tales conflictos, sino también que formara su propia valoración sobre los mismos. Por tanto, la imagen puede ser de interés general y formar parte esencial de la información.

Sin embargo, determinadas imágenes pueden ser innecesarias para comunicar la información y, además, perjudicar injustificadamente la dignidad o el honor de las personas. Así, y recurriendo a casos de los últimos años, la información sobre la detención de personajes públicos no necesita ser ilustrada con las imágenes de los afectados llegando de madrugada a la cárcel de Alcalá Meco con las manos esposadas (caso Pretoria), práctica que persigue antes satisfacer el morbo de la audiencia —ver a políticos humillados— que informar sobre su encarcelamiento; lo mismo puede decirse de las imágenes del acusado derrumbado en un interrogatorio durante una reconstrucción de los hechos o en el juicio

oral, ejemplos todos ellos tomados de casos de los últimos años; asimismo, resulta superflua la exhibición de la ficha policial de un detenido, aunque se trate de una exitosa cantante.

No solo el repaso a la hemeroteca televisiva demuestra que nos encontramos ante excesos reales. Algunos códigos deontológicos periodísticos también advierten sobre el problema. Así, el Código del Colegio de Periodistas de Cataluña establece que «dañar de forma injustificada la dignidad de los individuos, de palabra *o con imágenes*, incluso después de su muerte, contraviene la ética periodística» (cursiva mía). Por tanto, de nuevo, según este código ético nos enfrentamos a un problema de «justificación» de la utilización de la imagen y, en general, de la proporcionalidad de la actuación informativa respecto de los fines constitucionales que persigue.

### 3. EN CONCRETO, LOS LLAMADOS «JUICIOS PARALELOS»

Aunque se trata de una expresión utilizada profusamente cuando se informa sobre procesos penales, no toda información sobre una investigación o un proceso penal en curso es un «juicio paralelo» en el sentido peyorativo que conlleva la expresión. En mi opinión, estamos ante un juicio paralelo —entendido como problema— cuando la información persigue o consigue colocar a la opinión pública en el lugar de los jueces para valorar las pruebas y para llegar a conclusiones sin suficientes elementos de juicio —y, sobre todo, cuando se llega a esas conclusiones antes de tiempo, esto es, antes de la sentencia—. El juicio paralelo incluye la puesta a disposición de la opinión pública del material probatorio que debe ser valorado por los jueces con todas las garantías derivadas de los principios de inmediación y contradicción. Sin embargo, cuando ese material es valorado a través de los medios, en debates tan legos como encendidos y sin los necesarios conocimientos sobre los límites de la prueba etc., se desatan los más bajos instintos populares, se priva al acusado de su derecho a un juicio imparcial y se desinforma a la opinión pública.

Todos estas anomalías, que se repiten en multitud de casos, suelen desembocar en la condena —en pocos casos, la absolución— previa y paralela de quienes aún no han sido sometidos a juicio y generan unas expectativas de sentencia que en muchas ocasiones no se confirman, con el consiguiente desprestigio de la Administración de Justicia, aunque el problema radique en las expectativas infundadamente creadas.

Entre otros muchos casos, esto ocurrió en una acusación contra el llamado «el violador del Eixample», un sujeto con antecedentes que fue puesto en libertad tras el cumplimiento de su condena. La policía le atribuyó nuevos abusos con base en una única prueba —la identificación por parte de la víctima a partir de una imagen televisiva—, testimonio que luego no quiso ratificar en el juicio debido a sus dudas, lo que condujo inevitablemente al dictado de una sentencia absolutoria. Lo que no fue más que el cumplimiento de las garantías básicas de la prueba se convirtió en una campaña de absoluto desprestigio de las mismas trufada de expresiones tales como «en mayo la fiera volvía a la libertad», «no tardará más de unos meses en reincidir al pisar la calle», «un fiasco de la rehabilitación» (Diario *El*

*Mundo*, 17 de mayo de 2009). Lo que resulta cuestionado, en suma, es la práctica garantista de la prueba porque previamente se ha atribuido la competencia para llevarla a cabo a quienes no la poseen.

Si el juicio mediático paralelo es, en realidad, una suplantación de las decisiones judiciales, cabe abordar esta cuestión con algunas consideraciones generales.

La primera, obvia para juristas, pero generalmente ignota en medios legos, es la necesidad de insistir en que la convicción ciudadana sobre la culpabilidad de un sujeto no puede suplantar a la condena, incluso si los hechos han sido grabados y la grabación ha sido difundida en los medios, e incluso si existe una confesión.

En segundo lugar, deberíamos partir de la distinción entre las actuaciones judiciales que son constitucionalmente públicas y el material probatorio aportado al proceso para que sea valorado en el juicio oral. Los ciudadanos tenemos derecho a conocer qué actuaciones judiciales se están llevando a cabo, especialmente si afectan a sujetos cuyo comportamiento es de interés general: quién ha sido detenido, quién sometido a investigación o procesado, quién sometido a la medida cautelar de prisión preventiva etc., pero no tenemos derecho a valorar, antes del juicio, las pruebas disponibles, es decir, a ocupar la posición del órgano judicial. Apunto la distinción como criterio de partida porque son claras las situaciones de conflicto que, en estos casos, se plantean entre el derecho a la información, por un lado, y la protección del proceso y de los que se encuentran sometidos a él, por otro. A ello dedico el siguiente apartado.

#### 4. DERECHO A LA INFORMACIÓN Y PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DE LAS ACTUACIONES PROCESALES

Como se dijo en las líneas introductorias, la libertad de información puede entrar en conflicto con derechos individuales como la intimidad el honor o la dignidad, pero también con los intereses propios del proceso, que pueden constituir una excepción al principio de publicidad de las actuaciones judiciales.

En cuanto a la posible colisión con derechos individuales, me limitaré aquí a recordar la jurisprudencia constitucional que reconoce el carácter fundamental de la información para formar una opinión pública libre como base del pluralismo político (STC 104/1986 y otras muchas posteriores), así como la exigencia de relevancia pública o interés general de la información como requisito para la prevalencia del interés informativo sobre derechos de la persona (*supra*, 2.2). A ello se añade la exigencia de veracidad de la información, entendida como diligentemente comprobada (SSTC 68/2008 y 129/2009), aunque, en el caso del conflicto con el derecho a la intimidad, solo los hechos ciertos pueden afectarla, de manera que la veracidad no es requisito de la legitimidad de la información, sino su presupuesto (STC 185/2002). En todo caso, la revelación de los datos debe ser necesaria —con arreglo al principio de proporcionalidad— para la satisfacción del interés público en la información.

Las líneas que siguen se centran en el segundo de los ámbitos de afectación enunciados, esto es, la posible colisión del derecho a la información derivado del principio de publicidad de las actuaciones judiciales con el interés público en la protección del proceso. Con todo, al abordar el juicio oral reaparecerá la eventual colisión con derechos individuales.

En efecto, recordemos que el art. 120 CE consagra el principio de publicidad de las actuaciones judiciales «con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento». La posibilidad, constitucionalmente admitida, de limitar la publicidad de las actuaciones judiciales conduce a valorar dichos límites distinguiendo la fase de investigación y la del desarrollo del juicio oral.

#### 4.1. LA PUBLICIDAD DURANTE LA INVESTIGACIÓN: LAS INCIDENCIAS DE LA INVESTIGACIÓN Y EL MATERIAL PROBATORIO

El abordaje de esta cuestión requiere tomar como punto de partida las reformas operadas por la Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, en determinadas disposiciones de la LECrim. La disposición final primera del Estatuto modificó algunos artículos de la LECrim, entre ellos el art. 301, que regula el secreto sumarial genérico o *extra partes*. La reforma sustituyó el término «secretas», referido a las diligencias del sumario, por el de «reservadas», pero lo cierto es que la jurisprudencia constitucional anterior, admitiendo el interés informativo de las diligencias judiciales siempre que el derecho a la información se ejerza dentro de sus propios límites, prácticamente permitía dar por periclitado el secreto sumarial genérico o, al menos, su carácter absoluto. El art. 302 LECrim mantiene la regulación el secreto del sumario en sentido estricto o declarado expresamente por el juez, con efectos sobre las partes personadas (*intra partes*), por lo que, desde la reforma, es posible hablar de secreto sumarial para referirse exclusivamente a este supuesto.

##### 4.1.1. Las incidencias de la investigación

Como antes se apuntó, la jurisprudencia constitucional reconoce el interés informativo de los hechos que se conocen durante la investigación. En este sentido, la STC 185/2002, de 12 de noviembre, afirma: «[...] más concretamente este Tribunal ha declarado que reviste relevancia o interés público la información sobre los resultados positivos o negativos que alcancen en sus investigaciones las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, especialmente si los delitos cometidos entrañan una cierta gravedad o han causado un impacto considerable en la opinión pública, extendiéndose aquella relevancia o interés a cuantos datos o hechos novedosos puedan ir descubriéndose, por las más diversas vías, en el curso de las investigaciones dirigidas al esclarecimiento de su autoría, causas y circunstancias del hecho delictivo».

Según esta jurisprudencia, la autorización (constitucionalmente autorizada) de la difusión de la información va más allá de las «actuaciones judiciales» en sentido estricto y alcanza a todas las incidencias de la investigación. Pero, por otra parte, tal difusión está constreñida por la limitación (también constitucionalmente admitida) de las excepciones

establecidas en las leyes procesales, lo que nos lleva al carácter reservado de las diligencias, que afecta a todos menos a las partes (art. 301 LECrim), y el secreto sumarial declarado por el juez o *intra partes* (art. 302 LECrim).

Como se ha dicho, la Ley 4/2015, responsable de esta regulación, acoge el Estatuto de la víctima del delito. Según su exposición de motivos, el objetivo de esta reforma de la LECrim es transponer la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de víctimas de los delitos, que sustituyó a la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo.

Por tanto, en principio, la modificación consistente en denominar simplemente «reservadas» (y no «secretas») a las diligencias procesales investigadoras obedece a la voluntad de dar cumplimiento al derecho de la víctima (en los casos en que no es «parte» en el proceso) a recibir la información que le permita «conocer en qué situación se encuentra el proceso penal, a menos que, en casos excepcionales, el correcto desarrollo de la causa pueda verse afectado por dicha notificación» (art. 6.2.b) de la Directiva 2012/29/UE). Desde este punto de vista, las diligencias son «reservadas» porque no pueden ser conocidas por todos ni en todo caso, pero ya no son «secretas» porque puede conocerlas la víctima aunque no sea parte en el proceso.

En todo caso, el único límite al derecho a la información de la víctima es la protección del proceso u otros intereses mencionados en el considerando 28 de la propia Directiva: «Los Estados miembros no están obligados a proporcionar información cuando la divulgación de la misma pueda afectar a la correcta tramitación de una causa o ir en detrimento de una causa o una persona determinadas o si el Estado miembros lo considera contrario a los intereses esenciales de su seguridad». Por tanto, sigue siendo legítimo limitar el derecho a la información de la víctima en los supuestos indicados, entre los que figura la protección del proceso y, cuando sea parte en el proceso, el secreto del sumario declarado expresamente de acuerdo al art. 302 LECrim.

Así las cosas, y según una interpretación histórica basada en el origen de la reforma, cabe preguntarse si el cambio en la terminología del art. 301 LECrim (de diligencias «secretas» a simplemente «reservadas») afecta exclusivamente a la posibilidad de informar a la víctima cuando no es parte, manteniéndose reservadas las diligencias para todos los demás. La verdad es que el vigente art. 301 LECrim sigue estableciendo que la revelación «indebida» acarrea una multa de 500 a 10.000 euros para el particular, y mantiene la responsabilidad penal del funcionario que revele la información. Es decir, exactamente lo mismo que cuando las diligencias se declaraban «secretas», lo que empuja a considerar que la repercusión de la reforma es más bien escasa y se limita —según la interpretación enunciada— a acoger el derecho a la información de las víctimas. Ello vendría avalado por la introducción del art. 301 bis LECrim en la misma reforma, que remite al nuevo art. 681.2 LECrim en lo que respecta a la facultad judicial de acordar la adopción de medidas para proteger la intimidad de la víctima o el respeto debido a la misma o a su familia.

Sin embargo, ni la Directiva citada otorga a la víctima un derecho ilimitado a la información porque puede prevalecer la protección del proceso (art. 6.2.b) ni las diligencias



investigadoras dejan de ser «reservadas», dicho esto en el sentido de que su publicación no es absolutamente libre, aunque, como vimos, el propio TC admite su eventual interés informativo y la posibilidad de que el derecho a la información del art. 20.1. d) CE justifique su divulgación.

Con ello llegamos a la interpretación que considero correcta del término «reservadas» introducido en el art. 301 LECrim tras la reforma. Como vimos, según el TC las diligencias procesales pueden ser objeto de información, si bien, lógicamente, ello solo es posible cuando se cumplen los requisitos del ejercicio legítimo de tal derecho: es decir, en términos generales la información procesal puede considerarse de interés general, pero tal información puede incluir contenidos diversos que necesitan una segunda valoración de cada uno de los datos concretos que se revelan. En suma, es imprescindible un juicio de proporcionalidad que, como es sabido, exige valorar si la actuación es idónea para lograr el objetivo que persigue, si es necesaria porque no existe otra menos lesiva y si es proporcionada en concreto, esto es, si produce más beneficios para el interés general que perjuicios para otros bienes o valores en conflicto (STC 207/1996). El interés general de la información sobre el proceso no bendice la información sobre todos los datos disponibles: deben distinguirse los que son necesarios y proporcionados para servir al interés general informativo y aquellos que no lo son.

Hechas las anteriores consideraciones, regresemos ahora a la pregunta implícita en este subepígrafe: partiendo de que se le ha reconocido interés informativo con carácter general, ¿hasta dónde puede informarse de lo que acontece en la fase investigadora? La jurisprudencia constitucional ha dejado clara una primera cuestión: no es legítima la identificación de la víctima, a no ser que ella misma consienta, porque los perjuicios que supone para su intimidad no se compensan por ningún interés informativo, es decir, porque esos datos son totalmente innecesarios —desproporcionados— para dar a conocer el suceso en cuestión (*vid.* las ya citadas SSTC 185/2002 y 127/2003).

Pero, al fin y al cabo, el veto a la identificación de la víctima se produce por el conflicto entre el derecho a comunicar información y el derecho a la intimidad de esta, mientras que el objeto de estas páginas pretende atender también al eventual conflicto entre aquel derecho y la protección del proceso, que no solo está planteado en la remisión del art. 120.1 CE a las restricciones establecidas en las leyes procesales, sino también en los textos de la UE antes citados, disposiciones que permiten restringir el derecho de la víctima a la información en función de las necesidades de protección de la causa —y avalan la posibilidad de reserva también para aquellos que ni siquiera son víctimas—.

En mi opinión, todo el marco anterior conduce a la siguiente conclusión: la reserva *ex lege* del conocimiento sobre las diligencias durante la investigación procesal justifica la difusión de la información en algunos casos en los que se cumplen los requisitos del ejercicio del derecho a comunicar información. Sin embargo, el argumento del interés general de tal información resulta insuficiente porque el TC lo ha reconocido también con carácter general, de manera que la justificación concreta exige la valoración igualmente concreta de la necesidad y la proporcionalidad de la información para la satisfacción de tal interés. Es decir, si la información procesal fuera típica penalmente —lo que demandaría analizar

los delitos contra el honor y la intimidad—, cabría analizar su justificación por la vía de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.7ª CP), cuya valoración incluye los referidos requisitos de necesidad y proporcionalidad. Lo dicho implica que, como en todas las circunstancias eximentes, su concurrencia debe ser demostrada por quien las alega; ahora bien, ello no significa que deba llegarse necesariamente al juicio oral, sino que la improcedencia de la imputación puede acordarse, en su caso, mediante el archivo o el sobreseimiento.

En cambio, cuando las actuaciones son declaradas secretas y el acceso a las mismas queda vetado también a las partes, no cabe publicación alguna, dado que lo que impone la ley es una limitación temporal, es decir, un período de tiempo durante el cual los datos contenidos en las diligencias no pueden publicarse porque su divulgación comprometería otros fines que no deben verse amenazados para satisfacer el interés informativo. El art. 302 LECrim fija un límite de un mes y obliga a alzar el secreto diez días antes de la conclusión del sumario. Por esta razón, el TC ha sido claro al afirmar que el secreto sumarial *intra partes* no colisiona con el derecho a la información, sino, eventualmente, con el derecho de defensa, en la medida en que impide al acusado conocer datos procesales que le afectan (STC 176/1998, de 4 de octubre), de ahí su limitación temporal y la necesidad de motivación de su procedencia. Pero desde el punto de vista de la libertad de información, son datos cuyo conocimiento no se hurta definitivamente a la opinión pública: simplemente, se retrasa.

Por otra parte, la posibilidad de ejercer legítimamente el derecho a comunicar información excluye a los funcionarios, que tienen deber de sigilo respecto de la información en cuestión: reconocerles el derecho comunicarla vaciaría su deber (previo) de mantenerla reservada, lo cual sería una clara manifestación de incongruencia interna del ordenamiento jurídico. Por tanto, si el funcionario revela secretos o «informaciones» de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, comete el delito tipificado en el art. 417 CP. Cuestión distinta es que, una vez revelada la información por el funcionario a un tercero no constreñido por ese especial deber de sigilo, este último pueda alegar el ejercicio justificado del derecho a comunicar información si se cumplen los parámetros indicados hasta aquí. En otras palabras: el funcionario que tiene el deber de sigilo consume un delito de revelación de secretos cuando filtra la información a un tercero, aunque este la divulgue ejercitando un derecho del que el funcionario no es titular. O, si se quiere, el funcionario puede estar cometiendo un delito de revelación de secretos en autoría mediata con instrumento que actúa justificadamente.

#### 4.1.2. El material probatorio

Analicemos ahora el segundo inciso enunciado al inicio de este apartado, esto es, la divulgación del material probatorio. Soy consciente de que no siempre es fácil distinguir un hecho aparecido durante la investigación y el material probatorio en el que se apoya: por ejemplo, la relación de un tercero con la víctima que le hace sospechoso de responsabilidad y las declaraciones de testigos por las que se conoce tal relación. O, para complicarlo un poco más, las comunicaciones postales entre esos mismos sujetos que, aunque están espe-

cialmente protegidas, contienen indicios de la relación personal que resulta relevante desde un punto de vista informativo.

Pese a la dificultad, creo que es posible diferenciar los hechos indiciarios y el material probatorio en el que se apoyan para evitar los perjuicios de los juicios paralelos, tal como se han caracterizado arriba (*supra*, 3). De acuerdo con lo allí apuntado, el principal perjuicio de los llamados juicios paralelos se produce cuando se pone a disposición de la opinión pública el material probatorio que posteriormente —o al mismo tiempo— deberá ser valorado por el órgano judicial competente, dado que se produce un salto cualitativo respecto a la mera información de los hechos: el lector o el espectador se coloca en la posición del juez para valorar las pruebas y decidir si los hechos son o no ciertos.

Con todas las prevenciones respecto a los efectos de los juicios paralelos antes apuntadas, lo cierto es que, en algunos casos, la publicación de algunos materiales probatorios tiene tal interés para la formación de la opinión pública que resulta inevitable admitirla, pero ello obliga también a justificar la excepcional legitimidad de su divulgación.

Pensemos en un caso emblemático de los últimos años: el llamado caso *Gürtel*, en el que se enjuiciaban hechos constitutivos de delitos de corrupción, entre ellos el cobro de comisiones ilegales, que afectaban a numerosos personajes políticos y al Partido Popular, entonces en el Gobierno. El primer punto álgido del interés informativo se alcanzó cuando el diario *El País* publicó los documentos en los que el tesorero del partido hacía constar el pago de las comisiones y parte de la contabilidad oculta de la formación política. Sin duda, la publicación de los llamados «papeles de Bárcenas» ponía a disposición de la opinión pública una parte esencial del material probatorio y abría un debate público sobre la prueba de los hechos, esto es, un juicio paralelo.

En efecto, este episodio reúne todas las características de los juicios paralelos tal como se han descrito más arriba: la prueba documental destinada al juicio fue valorada no solo en el debate mediático general, sino, específicamente, en la controversia entre las formaciones políticas, con fines regeneradores o meramente electorales. Sin embargo, de la existencia de un juicio paralelo no cabe inferir automáticamente la ilegitimidad de la difusión de la información: esta deberá someterse a los parámetros valorativos propios de los derechos concurrentes.

Así, en este caso no existía un secreto sumarial inexpugnable, aunque sí diligencias reservadas que, si se comparte la argumentación anterior, admiten el planteamiento del ejercicio legítimo del derecho a la información, siempre con la comprobación de sus límites intrínsecos. En cuanto a los derechos individuales del tesorero del partido, su honor y su intimidad también eran susceptibles de ceder ante el interés general y la veracidad de la información. Por otra parte, la publicación de los papeles era proporcionada para informar sobre la existencia de las comisiones. A mi juicio, todo ello apoya la legitimidad de la publicación, aunque la existencia del juicio paralelo sigue provocando la lógica inquietud desde el punto de vista de la imparcialidad del debate probatorio y el riesgo de que las inexactitudes en la valoración de las pruebas terminen desinformando a la opinión pública sobre el alcance de las mismas.

En cambio, hay otros casos en los que ventilar determinado material probatorio ante la opinión pública carece de justificación. Se trata de aquellos casos en los que, pese al interés general de la información sobre el suceso criminal, se desvela una prueba concreta cuyo conocimiento no aporta nada a la información y solo satisface la curiosidad morbosa. Un ejemplo paradigmático de lo que acaba de decirse lo encontramos en la profusa difusión, a finales de 2009, de una diligencia judicial de reconstrucción de unos hechos calificados como asesinato en el que estaba acusado un amigo de la víctima. En las imágenes, este aparecía absolutamente alterado y reproducía convulsamente su actuación en el día de autos. Aunque no fueron filtradas durante la investigación, las imágenes fueron grabadas durante su reproducción en el juicio oral. La grabación no debería haber sido permitida, dado que las imágenes, claramente lesivas de los derechos individuales del acusado, no aportaban nada a la información sobre el procedimiento al que estaba siendo sometido.

En mi opinión, y como puede desprenderse de los ejemplos expuestos, la valoración del interés general y la proporcionalidad de la revelación puede variar en función de si el proceso judicial recae o no sobre hechos que afectan a intereses públicos.

En efecto, no se trata tanto del carácter público de los personajes cuanto de la naturaleza pública de los intereses afectados por el o los delitos que se están investigando. Es cierto que el carácter fundamental del derecho a la información radica en que su ejercicio es necesario para la formación de una opinión pública libre —que, a su vez, es requisito de la participación política—. Como hemos visto, esto vale tanto para la información política *stricto sensu* como para la que versa sobre la criminalidad en general —incluida la que tiene por objeto delitos contra bienes jurídicos individuales—. Pero la actuación y la credibilidad de los partidos, que son el vehículo de la participación política (art. 6 CE) a la que también sirve el derecho a la información, resulta especialmente relevante para esta última y, por tanto, admite un mayor grado de afectación de otros intereses, incluido el carácter reservado de las diligencias judiciales y el material probatorio.

En otras palabras, tanto derecho tenemos los ciudadanos a conocer las incidencias de un proceso por corrupción política como las de un proceso abierto a raíz de un asesinato o una violación. Ahora bien, a los efectos de valorar el interés general informativo y la proporcionalidad de la revelación, la información sobre delitos que afectan a la actuación de instituciones políticas posee una relevancia mayor que la información sobre delitos contra bienes jurídicos individuales que afectan a víctimas concretas. En este último caso, también nos interesa conocer la actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad y de la Administración de Justicia, pero esa es una valoración derivada y mediata que contrasta con la de la información sobre hechos delictivos que, en la información estrictamente política, se sitúa en primer lugar.

#### 4.2. LA PUBLICIDAD Y EL JUICIO ORAL

Como ya dijimos, la publicidad del juicio oral constituye una garantía para los derechos del justiciable. Así lo establecen el art. 14 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (en adelante, PIDCP) y el art. 6 del Convenio Europeo para la protección

de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (en adelante, CEDH). Según el TEDH (caso *Axen vs. República Federal de Alemania*, sentencia de 8 diciembre 1983), el derecho a un proceso público tiene una dimensión subjetiva —la protección de los justiciables frente a una justicia secreta y sin control de la opinión pública—, pero también una dimensión objetiva que contribuye a robustecer la confianza social en los órganos que administran justicia.

Aunque tanto el art. 14 del PIDCP como el art. 6 de la CEDH proclaman el principio de publicidad, también contemplan la posibilidad de restringir el acceso al juicio oral. El TC español ha declarado que el derecho a un proceso público se concreta en el juicio oral y que la publicidad general de las actuaciones judiciales se orienta propiamente a proteger el derecho de defensa (STC 176/1988), de manera que la eventual restricción de la publicidad del juicio oral no lesiona necesariamente el derecho a la información. De acuerdo con el tenor literal del art. 6 del CEDH, «[...] el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o de la protección de la vida privada de las partes así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia».

Tras la reforma operada por la Ley 4/2015, el artículo 680 de la LECrim impone la publicidad del juicio oral bajo pena de nulidad. A continuación, el art. 681, en su nueva redacción, faculta al juez o tribunal para acordar la celebración a puerta cerrada «[...] cuando así lo exijan razones de seguridad u orden público, o la adecuada protección de los derechos fundamentales de los intervinientes, en particular, el derecho a la intimidad de la víctima, el respeto debido a la misma o a su familia, o resulte necesario para evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso». Adicionalmente, entre las medidas que puede adoptar el juez para proteger a la víctima o a su familia figura la de «prohibir la obtención, divulgación o publicación de imágenes de la víctima o de sus familiares» (art. 681.2.b) LECrim).

Por tanto, según el CEDH y la LECrim las excepciones a la publicidad del juicio oral pueden basarse en razones de carácter público (la seguridad, el orden público...), pero también privado (la protección de los menores, de la víctima o de su familia...). En todo caso, la regla general es la publicidad, que solo puede ser excepcionalmente limitada en los supuestos legalmente estipulados.

Nada que objetar a este sistema de regla/excepción, que preserva el carácter de garantía del juicio público excepto en casos de posible perjuicio a otros intereses de la justicia. Mayores matizaciones requiere el análisis de la necesidad y la procedencia de la difusión de las imágenes del desarrollo del juicio oral. Antes he reconocido la importancia de la imagen en la información, pero también su especial aptitud para afectar derechos individuales, lo que aconseja su utilización ponderada.

De acuerdo con el art. 681 LECrim, la celebración a puerta cerrada puede decidirse en beneficio de los derechos de todos los «intervinientes», término que incluye a los acusados. En cambio, cuando en su número 2 prevé la adopción de medidas protectoras de la inti-

midad —se supone que cuando el juicio es público— solo hace referencia a la prohibición de obtener, divulgar o publicar imágenes de la víctima y su familia. Probablemente, ello se debe a que la reforma la ley procesal se enmarcó en el articulado de un nuevo texto legal —la Ley 4/2015, reguladora del Estatuto de la víctima—; *a sensu contrario*, el artículo 681 LECrim parece legitimar la obtención de imágenes de todos los demás intervinientes.

En mi opinión, la publicidad del juicio oral no exige necesariamente la reproducción ni la retransmisión de imágenes de la víctima y del acusado. Es más, en el caso de la imagen, no veo inconveniente en que se invierta el sistema de regla/excepción y que, como ocurre en Francia, Italia o Alemania, se prohíba total o parcialmente con carácter general y se autorice únicamente en casos de excepcional relevancia informativa, siempre que la difusión de imágenes no afecte a otros intereses.

Con ello no se eliminaría la publicidad del juicio oral. Este seguiría siendo accesible para los presentes y para los medios de comunicación, que podrían informar aun prescindiendo de la divulgación de las imágenes, generadoras, a mi juicio, de más perjuicios que beneficios. Por tanto, la imagen no es imprescindible para la publicidad del juicio: en general, lo que aporta es un conocimiento tendencialmente morboso del acusado, y será más rentable mediáticamente cuanto más abatido o derrumbado esté o, al revés, cuanto más arrogante y desafiante se muestre, estereotipos que alimentan la peligrosa consolidación de un renovado Derecho penal de autor. Puede ocurrir que se escojan las imágenes —o el sonido— más impactantes, que no son necesariamente las más relevantes, de manera que se seleccionen unos testigos pero no otros. En suma, es probable que el resultado sea una información sesgada y/o incompleta.

Es cierto que todo ello puede predicarse también de los asistentes al juicio y de los periodistas que después lo trasladen a sus crónicas, pero es esa la publicidad concebida como control del desarrollo del juicio en la que se estaba pensando en 1882, cuando se redactó la LECrim. En aquel entonces era inimaginable la posibilidad de transmisión de las imágenes a miles de personas. Quiero decir con ello que la diferencia entre las decenas de personas que pueden estar presentes en la sala y los miles que pueden llegar a ver el juicio si se reproducen las imágenes del mismo no es una diferencia meramente cuantitativa, sino cualitativa: de la presencia de algunos ciudadanos como garantía a la celebración del juicio por la opinión pública colocada en el lugar del tribunal y en actitud de juzgador paralelo a partir de datos incompletos.

Tampoco me parece inatacable el argumento según el cual la imagen y el sonido son más fieles que el relato periodístico. Así sería si se transmitiera el juicio completo, lo que ningún medio de comunicación se plantea, pero no lo es necesariamente cuando se reproducen imágenes aisladas y seleccionadas por su interés mediático. Por otra parte, ante la crónica escrita, el lector sabe que está leyendo un relato y puede relativizar la información, mientras que cuando «ve» la práctica de la prueba, cree estar en condiciones de actuar como juez.

En suma, aun reconociendo el poderosísimo efecto de la cultura de la imagen que ya se considera imprescindible para comunicar buena información, creo que, aun siendo pública, la vista en la que se somete a enjuiciamiento a un ciudadano debería ser un reducto en

el que su imagen resultara accesoria —y, por tanto, no imprescindible— para preservar las garantías derivadas de la publicidad.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

El análisis realizado en estas páginas no ignora que muchas de las prácticas periodísticas que aquí se cuestionan ya se han consolidado y son aceptadas como inevitables. Por ello, puede parecer inútil reivindicar limitaciones a los poderosos intereses mediáticos que centran su actividad en la explotación de datos e imágenes que, en puridad, no son indispensables para informar y solo se basan en su valor comercial. En suma, parece difícil «ponerle puertas al campo», antigua expresión a la que se recientemente se recurre de forma abusiva para justificar cualquier vulneración de los derechos propiciada —y, a continuación, imputada— por la sacrosanta tecnología.

He intentado asumir la inevitabilidad de algunas situaciones que, si bien siguen planteando conflictos, resulta ya imposible evitar porque los parámetros que rigen la información actual ha consagrado su legitimidad e incluso su carácter benéfico, más allá de los criterios jurídicos tradicionales. Me refiero especialmente a la publicación de material probatorio que aquí he intentado diferenciar en función de la naturaleza de los asuntos en los que se produce.

Creo, no obstante, que sigue siendo posible y necesario reivindicar que existen exigencias y líneas rojas. La voluntad y la necesidad de informar no legitima cualquier información, dado que la difusión de algunos datos obedece antes a intereses empresariales que al interés constitucional de la formación de una opinión pública libre como fundamento de la participación democrática. Si se admite que la apelación retórica al derecho a comunicar información no lo justifica todo, deberíamos admitir también que el derecho a la información se defiende exigiendo que sea ejercido con rigor.

## BIBLIOGRAFIA

- BARBERO ORTEGA, Abraham (2010): *Juicios por la prensa y ordenamiento constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes y Joan BOTELLA (dirs.) (2009): *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- GUARDIOLA LAGO, María Jesús (2012): «Penas y garantías penales: consideraciones a partir del análisis mediático de un delito violento», *Revista Penal*, 30, 60-83.
- MILIONE, Ciro, (2010): «El derecho a un proceso público en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 14, 549-572.
- ONERES RUIZ, Juan Carlos (1998): *Libertad de información y proceso penal. Los límites*, Cizur Menor: Aranzadi.
- OTERO GONZÁLEZ, Pilar (1999): *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

RODRÍGUEZ GÓMEZ, Eduardo (2014): «El Tribunal Constitucional y el conflicto entre la libertad de información y los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen: revisión jurisprudencial», *Estudios sobre el mensaje periodístico*, 2, 1209-1224.





JUICIOS PARALELOS, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS  
PARALLEL TRIALS, RIGHT TO THE PRESUMPTION OF INNOCENCE AND THE CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

*Luis López Guerra*

*Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad Carlos III de Madrid*

RESUMEN

El Tribunal de Estrasburgo se ha ocupado del fenómeno de los «juicios paralelos» o «juicios por la prensa» desde dos perspectivas complementarias. De un lado, teniendo en cuenta los derechos de aquellas personas que pudieran verse afectadas por campañas de prensa (así, el derecho a la vida privada y el derecho a la presunción de inocencia); de otro, evaluando los efectos negativos de esas campañas sobre el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, y la garantía de la imparcialidad de los jueces. En varias ocasiones, el Tribunal ha considerado que la información proporcionada por las autoridades y reproducida por la prensa en la que se afirma la culpabilidad de personas acusadas de un delito constituye una violación de la presunción de inocencia.

PALABRAS CLAVE

Derechos humanos, libertad de expresión, tribunal imparcial, derecho a la vida privada, presunción de inocencia.

ABSTRACT

The Strasbourg Court has dealt with the phenomenon of «parallel trials» or «trials by the press» from two complementary approaches: on one hand, by taking into account the rights of those persons which could be affected by press campaigns (privacy rights, right to the presumption of innocence); on the other, by evaluating the negative effects of those campaigns on the efficient operation of the justice system, and on the guarantees of the impartiality of courts. The Court has on several occasions considered that information given by the authorities and reproduced by the press affirming the culpability of the accused represented a violation of the right to the presumption of innocence.

KEY WORDS

Human rights, freedom of expression, impartial tribunal, right to privacy, presumption of innocence.

# JUICIOS PARALELOS, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Luis López Guerra

Catedrático de Derecho constitucional  
Universidad Carlos III de Madrid

**Sumario:** 1. Juicios paralelos y libertad de información. 2. Libertad de información y tribunales. 3. Juicios paralelos: diversas perspectivas. 4. Juicios paralelos por autoridades públicas. 5. ¿Violación de la presunción de inocencia por la prensa?. 6. Protección frente a juicios paralelos a través del artículo 8 del Convenio. Nota bibliográfica.

## 1. JUICIOS PARALELOS Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha debido enfrentarse en múltiples ocasiones a las consecuencias derivadas de la creciente influencia de los medios de comunicación. Una de las cuestiones que se han planteado al Tribunal ha sido la referente a las repercusiones negativas de la actividad de los medios sobre las garantías procesales en los procedimientos penales, perjuicios que traen causa de los llamados «juicios paralelos». Aun cuando se trate de una expresión multívoca y no jurídicamente formalizada (en algún caso como *Worm vs. Austria*, de 1997, el TEDH emplea el término «pseudoprocesos»), en las líneas que siguen se utilizará la locución «juicios paralelos» para hacer referencia a aquellas informaciones periodísticas sobre procesos en curso que no solamente pretenden dar conocimiento de las particularidades de esos procesos, sino que, además, contienen opiniones claramente orientadas a favorecer un resultado determinado —que toman, por así decir, partido—, usualmente contra la persona objeto de acusación.

Las formas que pueden adoptar estos juicios paralelos son muy diversas, y las cuestiones que plantean pueden llegar al Tribunal por vías muy diferentes. Por ello, la jurisprudencia del TEDH al respecto es altamente casuística y versa sobre reclamaciones muy dispares. Aún así, en términos generales cabe señalar que las cuestiones planteadas se relacionan, directa o indirectamente, con los límites de la libertad de expresión en su sentido más amplio (opinión e información), límites que, en los casos planteados ante el Tribunal, pueden derivar bien de mandatos expresos de las normas legales nacionales, bien de la ponderación llevada a cabo por los tribunales entre el derecho a la libertad de expresión y otros derechos o intereses protegidos. Como se ha señalado, los temas relativos a los «juicios paralelos» suelen llegar al TEDH a través dos vías: bien por quejas de informadores sujetos a una sanción —que consideran que se ha vulnerado su derecho a la libertad de expresión por los límites que los tribunales de su país les han impuesto en el desarrollo de su actividad—, bien por demandantes sobre los que han versado informaciones periodísticas —que consideran que el uso ilícito de la libertad de información por parte de los medios ha perjudicado sus derechos reconocidos por el Convenio, entre ellos el derecho a la presunción de inocencia—. Valga señalar que, dado que las demandas interpuestas ante el TEDH se dirigen contra los Estados, sus representantes ante el mismo se encuentran obligados a adoptar posiciones distintas para mantener su posición: en el primer caso, defender que la libertad de información ha sido ejercida inadecuadamente y debe sujetarse a límites; en el segundo, por el contrario, defender que esa libertad se ha ejercido adecuadamente.

En todo caso, el objeto principal de la discusión es la libertad de información. A este respecto, es bien conocido el valor central que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo atribuye a esa libertad como garantía de la democracia, especialmente cuando es ejercida por los medios de prensa; de hecho, llega a considerar a los periodistas como los «perros guardianes» (*watchdogs, chiens de garde*) de la democracia. Desde el caso *Sunday Times vs. Reino Unido*, de 1979, el discurso del Tribunal ha sido muy similar, y puede sintetizarse en este pasaje de la sentencia dictada en el caso *Gutiérrez Suárez vs. España*, del año 2009:

«La prensa desempeña un papel esencial en una sociedad democrática: si bien no debe traspasar ciertos límites que se encuentran, en particular, en la protección de la reputación y los derechos de terceros, así como en la necesidad de impedir la revelación de información confidencial, le incumbe, sin embargo, comunicar, en cumplimiento de sus deberes y sus responsabilidades, información e ideas sobre todas las cuestiones de interés general [...]. A su función que consiste en difundir se corresponde el derecho, para el público, de recibir. En otro caso, la prensa no podría desempeñar su papel indispensable de “perro guardián”» (§ 9).

## 2. LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y TRIBUNALES

Por lo que respecta a la información sobre tribunales, el TEDH considera que la publicidad de los procesos judiciales reviste un interés general que justifica su tratamiento por los medios. El Tribunal ha afirmado en numerosas ocasiones que el público tiene un interés legítimo a ser informado sobre los procedimientos en materia penal y ha subrayado la importancia de los reportajes sobre procedimientos penales para informar al público y

facilitarle que ejerza un derecho de «inspección» del funcionamiento del sistema de justicia penal. Más específicamente, el primer principio rector al respecto se refiere al derecho del público a recibir informaciones sobre las actividades de las autoridades judiciales y de los servicios de policía a través de los medios, lo que implica que los periodistas puedan ejercer el derecho de informar libremente sobre el funcionamiento del sistema judicial penal. No hay ninguna duda, ha manifestado el TEDH en repetidas ocasiones, de que entre las cuestiones de interés general que aborda la prensa figuran aquellas que conciernen al funcionamiento de la justicia, institución esencial de toda sociedad democrática. Para el Tribunal, la prensa representa uno de los medios de que disponen los responsables políticos y la opinión pública para asegurar que los jueces cumplen con sus altas responsabilidades de acuerdo con los fines asociados a la función que desempeñan (por todas, *Prager y Oberschlick vs. Austria*, 1995).

Desde luego, el TEDH ha matizado estas declaraciones señalando que los periodistas también tienen «deberes y responsabilidades» y que ello supone que el derecho a la libertad de información pueda verse eventualmente limitado por otros derechos e intereses. Es bien conocida la estipulación —y aplicación— por parte del Tribunal de los requisitos generales para que las limitaciones a la libertad de información impuestas por los poderes públicos sean aceptables: que estén previstas en la ley, que deriven de la persecución de un fin legítimo y que sean necesarias en una sociedad democrática de acuerdo con el principio de proporcionalidad. A la hora de perfilar la ponderación entre el derecho a la libertad de expresión y los derechos que pueden colisionar con el mismo (tanto los derivados del derecho al debido proceso como los vinculados al derecho a la vida privada, entre otros), el Tribunal ha ido elaborando en su jurisprudencia una serie de criterios, que formalizó en la sentencia dictada en el caso *Axel Springer vs. Alemania* (2012): el TEDH examina la forma de obtención de la información objeto de la controversia, la posición de la persona afectada y la relevancia de la información sobre temas de interés general partiendo de una afirmación constantemente reiterada: cuando se trata de opiniones e informaciones sobre cuestiones de interés político, la libertad del periodista solo puede verse limitada muy excepcionalmente.

### 3. JUICIOS PARALELOS: DIVERSAS PERSPECTIVAS

El problema de los límites de la libertad de prensa resulta especialmente delicado en relación con los llamados juicios paralelos. Por una parte, desde luego, los procedimientos judiciales son, para el TEDH, de interés general; por otra parte, sin embargo, el propio Tribunal ha declarado que las informaciones sobre materias judiciales pueden afectar gravemente a derechos e intereses que deben ser tomados en consideración. Y ello desde dos puntos de vista complementarios. Por un lado, desde la perspectiva de los derechos de las personas que pudieran verse afectadas por la información, esto es, los acusados en el proceso penal, esencialmente (aunque no solo) sus derechos a la vida privada y —como se verá más abajo— su derecho la presunción de inocencia. Por otro, desde la perspectiva

de que una información inadecuada puede afectar gravemente al buen funcionamiento de la justicia tanto en lo que respecta a la eficacia de la investigación judicial (que puede verse perjudicada por la revelación de actividades declaradas secretas) como a la existencia de un juicio justo en el caso de que los jueces se vean influidos por la información sesgada de los medios de comunicación y asuman convicciones que prejuzguen la culpabilidad del acusado.

Un aspecto común a ambas perspectivas (derechos del interesado y adecuado funcionamiento de la justicia) es el referido a la afectación de la presunción de inocencia por las informaciones periodísticas constitutivas de un juicio paralelo, que incidirían negativamente en los derechos del acusado y en la prestación de un juicio justo por parte de los tribunales. Ahora bien, el concepto de «presunción de inocencia» —principio esencial de todo procedimiento penal consagrado en el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos— ha sido objeto de un amplio desarrollo por parte del TEDH, desarrollo que incluso trasciende el ámbito exclusivamente procesal. En términos generales, y como el Tribunal recordó en *Barberá, Messegué y Jabardo vs. España* (1988), «se infringe la presunción de inocencia cuando, sin que se pruebe, legal y previamente, la culpabilidad de un acusado, se refleja en una resolución judicial que le afecta el sentir de que es culpable» (§ 91). Ahora bien, la jurisprudencia del Tribunal relativa al derecho a la presunción de inocencia va más allá de esta consideración inicial. Como indicó el Tribunal en el caso *Lizaso Azconobieta vs. España*, de 2009 (que daba continuidad a la jurisprudencia iniciada en el caso *Alenet de Ribemont vs. Francia*, de 1995), «si bien [el derecho reconocido en el artículo 6.2 del Convenio] figura entre los elementos del proceso penal equitativo exigido en el párrafo 1 de la misma disposición [...] no se limita a una simple garantía procesal en materia penal. Su alcance es más amplio [...]». El Tribunal extiende, por tanto, el ámbito de la presunción de inocencia, considerándolo como un derecho que, además de su proyección procesal, tiene una proyección social: es, también, el derecho a no ser reputado públicamente como culpable previamente a la declaración de culpabilidad dictada por un tribunal de justicia.

Por lo que se refiere al primer aspecto, la dimensión procesal del derecho, el TEDH ha mantenido un criterio constante en su jurisprudencia, reflejado en este párrafo de la sentencia del caso *Barberá*:

«[...] el [artículo 6.2] reconoce el principio de la presunción de inocencia. Exige, entre otras cosas, que los miembros del tribunal, al desempeñar sus funciones, no partan de la idea preconcebida de que el acusado ha cometido el acto de que se trata; la carga de la prueba recae sobre la acusación y la duda favorece al acusado. Además, la acusación tiene que informar al interesado de lo que se le imputa —con la finalidad de que pueda preparar y formular su consiguiente defensa— y proponer las pruebas suficientes para fundamentar la declaración de culpabilidad» (§ 77).

En el ámbito procesal, pues, la violación del derecho se produce si se declara la culpabilidad del acusado con base en convicciones prejudiciales de los miembros del órgano jurisdiccional. De forma reiterada, el TEDH ha establecido que la presunción de inocencia será infringida si una decisión judicial refleja la opinión de que el sujeto sometido al proceso es culpable antes de que haya sido probada legalmente su culpabilidad. (*Minelli vs. Suiza*, de 2005, § 37; *Nerattini vs. Grecia*, de 2008, § 23; *Didu vs. Rumania*, de 2009, § 41). En

términos generales, este enfoque implica que la violación del derecho debe ser apreciada por el tribunal cuando efectivamente haya recaído una resolución judicial sobre el caso que estime probada la culpabilidad del sujeto (bien imponiendo una condena, bien adoptando cualquier otra medida que implique una apreciación de culpabilidad) si tal resolución estuviera viciada por la concurrencia de una convicción previa. Debe señalarse que el TEDH no limita la vulneración del derecho a supuestos de resoluciones judiciales, sino también a las sanciones administrativas que reflejen una convicción previa a la prueba de la culpabilidad (así en *Janosevic vs. Suecia*, 2002). En términos amplios, pues, en el ámbito judicial (o parajudicial, es decir, en el caso de las sanciones administrativas) la violación de la presunción de inocencia se aprecia en presencia de una resolución judicial decisoria de un caso.

#### 4. JUICIOS PARALELOS POR AUTORIDADES PÚBLICAS

Ahora bien, y como se ha dicho, la presunción de inocencia también opera en un ámbito más amplio, es decir, incluso cuando no se ha dictado resolución judicial alguna. Lo que se ve afectado no es una característica definitoria del juicio justo —como la ausencia de convicción previa del juez sobre la culpabilidad del acusado—, sino la imagen y la reputación pública de una persona sometida a una imputación de tipo criminal que es señalada como culpable previamente a la declaración judicial, de culpabilidad. La afectación a la reputación se produce también fuera del proceso; en este sentido, el TEDH ha apreciado que, cuando esa imputación y «proclamación» de culpabilidad extraprocesal se lleva a cabo por autoridades públicas de carácter no judicial, se produce una vulneración de la presunción de inocencia. En la citada sentencia *Lizaso vs. España*, —y citando abundante jurisprudencia anterior, iniciada, como se ha dicho, en el caso *Allenet de Ribemont*—, el Tribunal afirma que la presunción de inocencia «exige que ningún representante del Estado o de la autoridad pública declare que una persona es culpable de una infracción antes de que su culpabilidad haya sido establecida por un tribunal [...]». Además, precisa que una violación de la presunción de inocencia puede emanar «no solo de un juez o de un tribunal, sino también de otros agentes del Estado [...] y personalidades públicas (*public officials*)». En *Lizaso*, el Tribunal determinó que las manifestaciones pronunciadas por el gobernador civil tras la detención del demandante («sin matices ni reservas», precisa el Tribunal) según las cuales este integraba un comando terrorista responsable de tres atentados mortales, declaraciones vertidas cuando el demandante ni siquiera había sido puesto a disposición de la autoridad judicial, vulneraba el derecho a la presunción de inocencia del demandante reconocida en el artículo 6.2 del Convenio.

Como se ve, la vulneración de la presunción de inocencia puede derivar, en principio, de una manifestación pública extrajudicial de culpabilidad difundida con anterioridad a la condena o incluso cuando ni si siquiera hay un procedimiento penal previo. Esta línea jurisprudencial se refiere, como se ha señalado, a las manifestaciones realizadas por autoridades públicas, no por periodistas. No obstante, conviene tener en cuenta algún aspecto de este tipo de casos, ya que tienen incidencia en los «juicios paralelos» de la prensa.

En el caso *Lizaso*, al igual que en otros casos anteriores y posteriores, las manifestaciones vertidas por autoridades no judiciales en las que declaraban públicamente la culpabilidad de los demandantes se produjeron con ocasión de la celebración de ruedas de prensa ante periodistas, que reprodujeron tales manifestaciones en los medios de comunicación. En la práctica, por tanto, propiciaron el inicio de «juicios paralelos», si bien su origen fue la actividad periodística, sino la de aquellas autoridades. Valga señalar también que el Tribunal no impide que las autoridades informen sobre procedimientos judiciales: siguiendo jurisprudencia previa, en *Lizaso* precisa que el artículo 6.2 del Convenio no impide que, al amparo del artículo 10 del mismo, relativo a la libertad de expresión:

«[...] las autoridades públicas informen al público sobre las investigaciones penales en curso, pero requiere que lo hagan con toda la discreción y la reserva que impone el principio de la presunción de inocencia [...]. Si el Tribunal reconoce que la libertad de expresión y de comunicación conlleva el derecho de informar sobre procedimientos judiciales, y por lo tanto, la posibilidad para las autoridades de hacer públicos los elementos objetivos derivados del procedimiento, considera, sin embargo, que estos elementos deben estar exentos de cualquier apreciación o prejuicio de culpabilidad».

El TEDH establece así una diferencia entre la información objetiva y la información sesgada, es decir, conducente a la creación de una convicción social de culpabilidad. En el caso citado, como en otros supuestos, tal convicción social se vería además intensificada por la difusión —querida y provocada— de las manifestaciones en cuestión por los medios de comunicación. En todo caso, en las sentencias integrantes de esta línea jurisprudencial, la presunción de inocencia adquiere un carácter, por así decir, autónomo respecto a toda actividad judicial y se extiende a un ámbito más amplio que abarca la reputación de una persona en la comunidad en su conjunto.

## 5. ¿VIOLACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA POR LA PRENSA?

La presunción de inocencia, pues, no solo puede verse afectada por la actuación judicial, sino también —exista o no condena— por manifestaciones de autoridades ajenas al proceso: policías, fiscales (fuera de sus funciones en el proceso), líderes políticos u otros actores. Por tanto, un juicio paralelo puede producirse con independencia de la iniciativa de la prensa, aun cuando usualmente son los medios de comunicación los que vulneran el derecho reconocido en artículo 6.2 del Convenio en su vertiente «social». Ahora bien, en la jurisprudencia del Tribunal es menos evidente que la violación de la presunción de inocencia se produce cuando el juicio paralelo y las manifestaciones relativas a la culpabilidad de un acusado —previas a la decisión de un tribunal— no provienen de las autoridades, sino directamente de un particular —y, más específicamente, de un periodista— mientras se llevan a cabo las actuaciones judiciales. En estos supuestos es más difícil conciliar el derecho a la libertad de expresión y el interés del público a ser informado, de un lado, y los derechos del acusado (singularmente, el derecho a la presunción de inocencia), de otro.



A este respecto, la jurisprudencia del TEDH es, como se dijo, casuística y compleja, y conviene analizar diferenciadamente los diversos aspectos a los que se refiere. En todo caso, la cuestión que se plantea en este punto es hasta dónde cabe limitar o restringir la libertad de información en supuestos de juicios paralelos y por qué motivos. Como se ha señalado más arriba, en principio, y en términos generales, el Tribunal ha determinado que el derecho a la libertad de expresión no es absoluto y que los periodistas están sujetos a obligaciones y responsabilidades. En lo que se refiere específicamente a la información sobre procesos judiciales en curso, el Tribunal ha admitido que el derecho a informar al público —y el derecho del público a recibir información— deben cohonestarse con intereses públicos y privados igualmente relevantes; tales intereses serían, en palabras literales del Tribunal, «la autoridad e imparcialidad del poder judicial, la efectividad de la investigación en materia criminal, y los derechos del acusado a la presunción de inocencia y la protección de su vida privada» (*Bédat vs. Suiza*, 2016).

En esta materia, un tipo de casos resueltos por la jurisprudencia de Estrasburgo versa sobre los supuestos en que efectivamente existe una disposición legal que, a la luz de esos intereses, prohíbe —en general, incluyendo obviamente a los periodistas— difundir determinadas informaciones relativas a procedimientos en curso, normalmente porque determinadas actuaciones han sido declaradas secretas. En estos supuestos, el procedimiento ante el Tribunal deriva de una demanda presentada por un periodista al que se le ha aplicado algún tipo de sanción por haber infringido una prohibición legal.

En estos casos, el Tribunal ha partido de la base de la relevancia del derecho a la información, particularmente en asuntos judiciales de naturaleza penal en curso. Ahora bien, sus resoluciones han puesto de manifiesto la complejidad de la cuestión y la necesidad de tener en cuenta las circunstancias del caso. En *Worm vs. Austria*, del año 1997, el recurrente, un periodista, había sido condenado por un tribunal austriaco por haber publicado un artículo sobre un proceso pendiente en el que se manifestaba claramente «partidario» de la culpabilidad del acusado. El tribunal austriaco aplicó el artículo 23 de la ley sobre los medios (*Mediengesetz*) que prohíbe avanzar el resultado probable de un procedimiento con anterioridad a la decisión, estimó que la publicación podía haber influido en la decisión (adoptada por jueces legos) y que, por lo tanto, era violatoria de la presunción de inocencia del acusado. El periodista condenado acudió al TEDH invocando el derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 10 del Convenio. Aplicando los criterios arriba mencionados sobre la posible justificación de una injerencia en la libertad de expresión, el TEDH consideró que la sanción impuesta estaba prevista por la ley, que tenía un fin legítimo y que no era desproporcionada. A este último respecto, el Tribunal señaló que la sospecha del tribunal austriaco de que el recurrente hubiera podido influir sobre los jueces del proceso no era infundada; y añadió que ello se encuentra estrechamente vinculado a la garantía de la autoridad de los tribunales. El Tribunal estableció que:

«[...] a este respecto, y para parafrasear la sentencia de este Tribunal en el asunto *Sunday Times*, si nos habituamos al espectáculo de los pseudoprocesos en los medios, pueden resultar a largo plazo consecuencias nefastas para el reconocimiento de los tribunales como órganos cualificados para juzgar sobre la culpabilidad o inocencia respecto de una acusación penal».

Lo relevante en esta sentencia es que el Tribunal admite que las informaciones y opiniones periodísticas pueden influir negativamente en la presunción de inocencia al condicionar a los miembros de un tribunal, y que esta posibilidad erosiona la autoridad de los tribunales. Ahora bien, su decisión versa sobre el artículo 10 (derecho a la libertad de expresión) y no sobre el derecho a la presunción de inocencia, que no era el derecho invocado por el recurrente.

En otros casos, el TEDH se mostró más proclive a la tutela del derecho a la libertad de expresión en supuestos de restricciones a la información sobre causas judiciales pendientes. En *De Roy y Malaurie vs. Francia*, del año 2000, tuvo que pronunciarse sobre la aplicación de la prohibición contenida en la ley francesa de 2 de julio de 1931, relativa a la publicación de información sobre la constitución de partes civiles en procedimientos criminales antes del dictado de la decisión judicial. En virtud de la aplicación de dicha ley, los recurrentes, director y periodista de una publicación quincenal, fueron condenados a una multa y a una indemnización a la parte civil afectada. Al resolver la demanda de los periodistas, basada en el artículo 10 del Convenio, el Tribunal consideró —siguiendo los criterios apuntados sobre la injerencia en el derecho a la libertad de expresión— que, si bien no toda restricción a la libertad de prensa es ilegítima y que los periodistas no deben sobrepasar los límites fijados en favor de una buena Administración de Justicia, el precepto legal aplicado imponía una prohibición general y absoluta sin excepciones y que, por tanto, no tenía en cuenta un elemento tan importante como el interés general del público en informarse sobre los procedimientos judiciales; frente al criterio del caso *Worm*, pues, el Tribunal consideró que en este caso la prohibición no estaba justificada.

El ejemplo reciente más representativo de la posición del TEDH en lo que respecta a los límites impuestos a la libertad de prensa en supuestos de juicios paralelos es, posiblemente, la sentencia en el caso *Bédat vs. Suiza*, de la Gran Sala (2016), resolución que revocó una sentencia en sentido contrario de una Sala del Tribunal. Aunque de forma indirecta —y, por decirlo así, «de rebote», esto es, desde la perspectiva del artículo 10—, el Tribunal consideró cuestiones relacionadas con las consecuencias de la información periodística sobre la presunción de inocencia, si bien, dado que no era este el derecho cuya violación invocaba el recurrente, no emitió pronunciamiento alguno sobre la violación del derecho del artículo 6.2 del Convenio.

El caso versa sobre la sanción impuesta a un periodista por los tribunales suizos por haber publicado actuaciones declaradas secretas de una investigación judicial relativa a un caso penal pendiente en contravención de los mandatos de la normativa suiza. La cuestión planteada no se refería solo a la protección del secreto de la investigación, sino también a la forma en que esta se había desvelado, así como las posibles consecuencias para la Administración de Justicia y para la persona afectada por el procedimiento penal. Dado que el recurrente era un periodista que consideraba vulnerado su derecho a la libertad de expresión por la sanción impuesta por los tribunales, la sentencia de Estrasburgo se plantea desde la perspectiva del artículo 10 del Convenio, esto es, la resolución se centra en la legitimidad de la restricción de la libertad de prensa que, a juicio del recurrente, suponía la aplicación

de aquella sanción. En sus razonamientos, el Tribunal se refirió a otros derechos que son aplicables a supuestos más amplios de juicios paralelos.

Para apreciar si la limitación a la libertad de expresión era aceptable, el TEDH aplicó los criterios habituales: dado que la previsión legal de la sanción y la finalidad legítima de la misma no eran problemáticas, el Tribunal puso el acento en dos criterios «clásicos» en este tipo de casos: la forma de obtener la información —el Tribunal señaló que el periodista no podía ignorar que se trataba de una información protegida por el mandato de secreto, y que su difusión estaba penada— y la relevancia social del contenido de la misma. A este respecto, e insistiendo en que el público tiene un interés legítimo en estar informado sobre procedimientos judiciales en materias de relevancia pública (en cuyo caso la libertad de prensa está especialmente protegida), se preguntó si, en el caso, la información difundida constituía una aportación relevante al debate público sobre el tema en cuestión (un accidente de tráfico). El Tribunal indicó que los tribunales suizos han justificado adecuadamente que la información en cuestión era irrelevante para el debate público, y declaró que su función no es sustituir a las autoridades nacionales en ese tema.

Hasta aquí, el razonamiento del Tribunal se ciñe a las líneas seguidas usualmente en su jurisprudencia en materia de libertad de información. Ahora bien, también realiza una serie de consideraciones de interés en relación con los juicios paralelos. Al mantener (como en líneas jurisprudenciales anteriores) que es legítimo proteger de manera especial el secreto de las actuaciones, ofrece dos justificaciones de su posición: por un lado, los intereses del procedimiento penal —singularmente, la evitación de riesgos de colusión y de alteración o destrucción de pruebas—; por otro, «los intereses del acusado, notablemente desde el punto de vista de la presunción de inocencia y, más generalmente, de sus relaciones e intereses personales» (§ 68).

Con respecto a este último punto, el Tribunal examina la posible repercusión de la información publicada —referida, entre otros extremos, al contenido de cartas del acusado, a sus relaciones familiares y a su estado de salud, incluyendo documentos de su médico—. Ciertamente, el acusado no había iniciado acción alguna ante las autoridades para proteger su intimidad frente a la información periodística. Pero el Tribunal indica que la protección de las circunstancias de la vida privada del acusado constituía, a la luz del artículo 8 del Convenio, una obligación del Estado: citando el precedente de *Craxi vs. Italia*, del año 2003, el Tribunal manifiesta que «las autoridades nacionales no estaban obligadas únicamente a una obligación negativa de no revelar conscientemente información protegida por el artículo 8, sino que además debían adoptar medidas para asegurar una protección efectiva del derecho de una persona acusada al respeto de su correspondencia». Dada, además, la situación especialmente vulnerable del acusado —que estaba encarcelado—, el Tribunal estima que la actuación de los tribunales —la imposición de la sanción al periodista— es acorde con la obligación positiva del Estado suizo de proteger la vida privada del acusado en línea con el mandato del artículo 8 del Convenio.

Hay otro aspecto de la sentencia que incide en un derecho específico, el derecho a la presunción de inocencia. Sin, embargo, en este aspecto, el razonamiento del Tribunal se

refiere sobre todo a las consecuencias de la información sobre la posición del tribunal doméstico, y no tanto a la defensa de los derechos del acusado.

El TEDH indica que el estilo de la información era claramente sensacionalista y que, aunque el artículo en cuestión no afirmaba abiertamente que el accidente de tráfico hubiera sido causado intencionadamente por el acusado, la redacción del texto mostraba una visión muy negativa del mismo; y añade que es innegable que la publicación de un artículo tan sesgado cuando la investigación estaba aún en marcha suponía un riesgo inherente de influir de una forma u otra en el curso del procedimiento: en el trabajo del juez de instrucción, en las decisiones de los representantes del acusado, en las posiciones de las partes a la hora de solicitar indemnizaciones o, en fin, en la objetividad del tribunal juzgador, independientemente de su composición. En este aspecto, el Tribunal especifica que la cuestión central es del riesgo de que se produzca una influencia, riesgo que debe evaluarse en el momento en que la información es difundida y no a la vista del desarrollo efectivo del proceso o de su resultado final. Por lo tanto, lo que justifica la imposición de la sanción al informador no sería ese resultado efectivo (por ejemplo, una sentencia condenatoria, como fue el caso), sino la situación de riesgo que generó.

El TEDH tiene, pues, en cuenta los posibles efectos sobre la presunción de inocencia de la información periodística difundida en un proceso en curso: ahora bien, y habida cuenta del tipo de recurso presentado —relativo al derecho a la libre expresión de un periodista— no aborda la cuestión desde la perspectiva del acusado (aun cuando sí tiene en cuenta su derecho a la protección de su vida privada), sino desde la perspectiva de los efectos que una información puede tener sobre el tribunal juzgador para justificar una limitación del derecho a la libertad de información reconocido el artículo 10 del Convenio.

Otra cuestión, desde luego, es la relativa a la apreciación de una posible vulneración de la presunción de inocencia (art. 6.2 del Convenio) causada por los efectos de informaciones periodísticas cuando tal vulneración sea invocada ante el Tribunal por los sujetos directamente afectados por esas informaciones y estos aleguen que el juicio paralelo ha tenido como consecuencia la vulneración de aquel derecho por campañas periodísticas iniciadas con ocasión de un proceso penal, y que los tribunales nacionales no la hayan remediado. Como se dijo más arriba, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que ese derecho es efectivamente vulnerado cuando la información periodística (difundida por ejemplo, con ocasión de la celebración de una rueda de prensa, situación examinada en el citado caso *Lizaso* y en la decisión de inadmisibilidad *Daktaras vs. Lituania*, de 2000, entre otros) proviene de una iniciativa de las autoridades públicas y la prensa se limita a recoger las afirmaciones de las autoridades sobre la culpabilidad de los afectados. Otra cosa es que sea la iniciativa del propio periodista la que propicie afirmaciones que pueden dar lugar a una opinión favorable a la culpabilidad cuando esta no haya sido aún formalmente declarada por un tribunal. La pregunta sería si, en tal caso, cabría que el Tribunal, a petición del afectado, declarase en su sentencia que se ha producido una vulneración del artículo 6.2 derivada directamente de la acción de la prensa (el «juicio paralelo»), vulneración no reparada por los tribunales nacionales.

Valga señalar que la posibilidad de vulneración del derecho a la presunción de inocencia derivada directamente de la actuación de la prensa está ya contemplada en algunos ordenamientos que prevén remedios efectivos contra aquella. Así, en el caso de Francia, la Ley de 4 de enero de 1993 reformó el Código Civil e introdujo un nuevo artículo (el 9.1) que, bajo la rúbrica «De los derechos civiles», dispone: «1. Todos tienen derecho al respeto de la presunción de inocencia. 2. Cuando una persona sea, ante de cualquier condena, presentada públicamente como culpable de hechos que sean objeto de una investigación o de una instrucción judicial, el juez puede, incluso a través de un recurso de urgencia, y sin perjuicio de la reparación del daño sufrido, prescribir cualquier medida, como la inserción de una rectificación, o la difusión de un comunicado, a fin de hacer cesar la lesión a la presunción de inocencia, y todo ello, a cargo de la persona física u o jurídica responsable de tal lesión». En este caso, la dimensión social o extraprocesal de la presunción de inocencia adopta su más acabada formulación, por cuanto se refiere no solo a actuaciones extraprocesales de sujetos tanto públicos como privados, sino también —o incluso— a vulneraciones del principio de presunción de inocencia independientemente de la declaración final de los tribunales sobre la culpabilidad del acusado.

Por lo que respecta a la jurisprudencia del TEDH sobre la eventual lesión de la presunción de inocencia derivada directamente de informaciones periodísticas, cabe llevar a cabo un análisis diferenciado: por una parte, de sus afirmaciones de principio vertidas en procesos con características muy diferentes, y, por otra, de la aplicación de esos principios a decisiones concretas. Como se verá, las primeras parecen conducir a conclusiones que no se verifican en la práctica, dado que no tienen su reflejo en condenas a los Estados demandados por la actuación de los medios de comunicación.

Desde *Papon vs. Francia 2* (decisión de inadmisibilidad de 2001), caso en el que el recurrente denunciaba la existencia de campañas mediáticas contra él, el TEDH admite que, cuando redactan artículos sobre procedimientos penales en curso, los periodistas deben recordar que los límites de los comentarios admisibles «no pueden comprender declaraciones que arriesgarían, intencionadamente o no, reducir las oportunidades de una persona de beneficiarse de un proceso equitativo, o sabotear la confianza del público en el papel de los tribunales en la administración de justicia». Y no faltan apreciaciones del Tribunal en el sentido de que, efectivamente, en algunos casos una campaña mediática violenta puede anular la equidad del proceso, influyendo en la opinión pública y, por ello mismo, en los órganos jurisdiccionales llamados a pronunciarse sobre la culpabilidad de un acusado. Afirmaciones de ese tipo se reiteran en la jurisprudencia del Tribunal —*Viorel Burzo vs. Rumania* (2009) o *Kuzmin vs. Rusia* (2010), por poner solo algunos ejemplos—. De este modo, en los casos arriba examinados en que la cuestión se plantea desde la perspectiva de los límites a la libertad de expresión de los periodistas, el Tribunal admite los peligros para la presunción de inocencia de los pseudoprocesos o juicios paralelos realizados por la prensa.

Ahora bien, no deja de ser llamativo que, hasta el momento, estas declaraciones generales no haya dado lugar a ninguna sentencia condenatoria a algún Estado por vulneración de la presunción de inocencia derivada de la actuación periodística autónoma. Las razones aducidas por el TEDH para no condenar por una violación de la presunción de inocencia

son muy variadas. En algunos casos el Tribunal simplemente considera que no hay indicios de que las informaciones periodísticas hayan influido en los órganos juzgadores; tal sería, por ejemplo, el caso de *Akay vs. Turquía* (decisión de inadmisión) del año 2002, o el citado *Papon vs. Francia 2* (decisión de inadmisión). En otras ocasiones, arguye razones distintas. Por ejemplo, en *Viorel Burzo vs. Rumania*, ante los alegatos del recurrente condenado tras una fuerte campaña mediática en su contra, el TEDH estima que no se ha producido una vulneración del artículo 6.2 por varios motivos. El Tribunal afirma que las autoridades no son responsables de las actividades de la prensa (adoptando así una perspectiva *ratione personae*, dado que lo que debe examinar es si la actuación de las autoridades estatales es acorde con el Convenio), posición esta ya expuesta en el citado caso *Papon 2*, así como en *Y.B. vs. Turquía* (2004). Además, en *Viorel*, recurre a argumentos diferentes que reitera en otras resoluciones. Afirma, así, que debe tenerse en cuenta el tiempo transcurrido entre la difusión de la información mediática susceptible de influir sobre el tribunal doméstico y el momento en que este dicta sentencia; el paso del tiempo, según se expone en *Viorel* (de forma no demasiado compatible con lo que afirma en *Bédat*, a saber, que es el riesgo de ese tipo de influencia, no sus consecuencias reales, lo que justifica la limitación de la libertad de prensa) reduce o incluso elimina la posibilidad de que los jueces se vean influidos por las informaciones periodísticas. Por otra parte, el hecho de que decidiera un tribunal nacional integrado por jueces profesionales (no por jueces legos) y de que no se tratara de un juicio con jurado, descartaba el peligro de influencia indebida por parte de la prensa que vulnerara la presunción de inocencia. Un argumento similar fue también utilizado, por ejemplo, en un caso anterior: *Priebke vs. Italia* (decisión de inadmisibilidad del año 2001), referido a la condena a uno de los responsables de la matanza de las Fosas Ardeatinas, que se quejaba ante el Tribunal de la campaña mediática en su contra. El Tribunal inadmitió la demanda sobre la base de la profesionalidad del tribunal juzgador y estimó que el sistema judicial italiano en su conjunto presentaba garantías suficientes para evitar la indebida influencia periodística sobre la presunción de inocencia.

De hecho, y como se ha apuntado arriba, el TEDH ha admitido que, efectivamente, las informaciones de la prensa han podido provocar una vulneración del artículo 6.2 solo en aquellos casos en los que la información o la campaña en cuestión provenían directamente de las autoridades; en *Viorel vs. Rumania*, ya citado, el Estado rumano fue condenado por la vulneración del artículo 6.2 porque habían sido las autoridades las que habían producido la información culpabilizadora relativa al recurrente. Y recurre a una argumentación similar en el citado caso *Kuzmin vs. Rusia*, de 2010, en el que la vulneración de la presunción de inocencia se hace derivar de un conjunto de informaciones periodísticas originadas por las autoridades. Valga señalar que, en este caso, el Tribunal tuvo que examinar si, como afirmaba el recurrente, el fiscal general había pronunciado públicamente manifestaciones culpabilizadoras que podrían ser constitutivas de una vulneración de la presunción de inocencia; el Tribunal tuvo, por tanto, que decidir sobre la posición del Ministerio Fiscal a este respecto, que, por definición, es el que debe promover la acción pública y la acusación. El Tribunal precisó que, en la medida en que la actuación y manifestaciones del fiscal se llevaban a cabo dentro del proceso (en el caso, mediante instrucciones, de carácter

no público, a órganos dependientes), no podía hablarse de una afectación a la imagen del recurrente que implicara un peligro para su derecho a la presunción de inocencia.

## 6. PROTECCIÓN FRENTE A JUICIOS PARALELOS A TRAVÉS DEL ARTÍCULO 8 DEL CONVENIO

Como se ha apuntado, el análisis conjunto de la jurisprudencia del TEDH permite afirmar que esta presenta una aparente contradicción práctica. Por una parte, se reconoce que la actividad periodística puede tener serias repercusiones en la equidad del proceso, debido a la creación de convicciones previas (prejuicios) en los juzgadores con respecto a la culpabilidad del acusado antes de que se haya adoptado una decisión final sobre esa culpabilidad, con la consiguiente repercusión sobre el derecho del acusado a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 6.2 del Convenio. Pero, por otro lado, y en la práctica, hasta el momento el Tribunal ha recurrido a un amplio abanico de razones para evitar dictar sentencias condenatorias en los casos en los que la vulneración de ese derecho no deriva de la iniciativa de las autoridades, sino de la actividad de los medios de comunicación. Afirmaciones como la realizada en *Bédat*, en el sentido de que la actividad periodística debe tener en cuenta intereses como el derecho del acusado a la presunción de inocencia (*Bédat*, párrafo 55, citado), aún no han tenido una directa traducción práctica en supuestos de invocación del derecho del artículo 6.2.

No obstante, de ello no cabe inferir que ese derecho está desprotegido en los supuestos de juicios paralelos ni que, como se apuntará, la jurisprudencia de Estrasburgo sea en el fondo incoherente en este aspecto. Dadas las características del sistema establecido por el Convenio, la protección de la presunción de inocencia frente a ofensivas mediáticas puede proporcionarse bajo la cobertura de otros apartados (y concretamente, bajo las previsiones del artículo 8 del Convenio); además, esa específica protección resulta más acorde con la dimensión «social» de la presunción de inocencia que la que resultaría de la aplicación del artículo 6.2 al desarrollo de los procedimientos penales.

En cuanto a la primera cuestión, el Tribunal no ha vacilado en considerar que las campañas mediáticas paralelas a los procedimientos penales pueden suponer una clara afectación de los derechos reconocidos en el artículo 8 del Convenio, relativos a la protección de la vida privada. La consideración pública como culpable del acusado en un procedimiento penal antes de que recaiga una decisión judicial sobre su culpabilidad implica una descalificación social con evidentes efectos en la reputación y la vida privada del sujeto, afectación que no estaría «protegida» por el derecho a la libertad de expresión del artículo 10. Considerando los deberes y responsabilidades inherentes al ejercicio de la libertad de expresión, la salvaguarda que el artículo 10 brinda a los periodistas que informen sobre temas de interés general se ve sujeta a la condición de que actúen de buena fe, de forma que «provean una información fiable y precisa de acuerdo con la ética del periodismo» (*Bladet Tromsø y Stensaas vs. Noruega*, 1999, § 65). Por ello, los afectados por los juicios paralelos pueden

encontrar protección a través de la vía de la protección a la vida privada y la reputación (art. 8 del Convenio).

Un ejemplo habitualmente citado al respecto es la sentencia dictada en el caso *A. vs. Noruega*, de 2009. El recurrente, trasladado a la Comisaría de policía e interrogado durante diez horas por un delito de violación, se vio sometido a una dura campaña de prensa en su contra en la que se le señalaba como sospechoso. Posteriormente fueron detenidas otras personas y el recurrente quedó libre de cargos. Este presentó varias reclamaciones ante los tribunales noruegos por el daño a su reputación, pero fueron desestimadas. Acudió al TEDH invocando, entre otros, el artículo 6.2 del Convenio relativo a la presunción de inocencia. El Tribunal, siguiendo su línea jurisprudencial, declaró inadmisibile la demanda sobre este extremo, ya que, adujo, la información no había sido provista por la autoridad, sino por la prensa y, además, no lo señalaba explícitamente como culpable. Ahora bien, a continuación el TEDH afirma que «esta conclusión no impide al Tribunal tener en cuenta los intereses protegidos por el artículo 6.2 al llevar a cabo la ponderación de intereses que sigue» (§ 47). Efectivamente, el Tribunal procede a continuación a examinar el caso desde la perspectiva del artículo 8, relativo a la incidencia de aquellas informaciones en la vida privada del recurrente: el Tribunal recuerda que, en su jurisprudencia, el honor y la reputación habían sido incluidos en el derecho a la vida privada. Y estima que «aunque el nombre del recurrente no había sido mencionado, las fotografía y detalles de su lugar de trabajo y su residencia habían hecho posible que las personas que ya le conocían le identificasen como sospechoso de un grave delito de carácter especialmente reprochable y doloroso». En consecuencia, y a la luz del artículo 8 del Convenio, el Tribunal estableció que «no había duda de que la publicación en cuestión supuso un perjuicio particularmente grave para el honor y reputación del recurrente especialmente dañino para su integridad moral y psicológica y su vida privada» (§ 73).

El acusado (o sospechoso) en un procedimiento penal no se está, por tanto, desprotegido frente a los juicios paralelos, dado que puede invocar la violación del artículo 8 del Convenio. Ello resulta congruente con la naturaleza del derecho a la presunción de inocencia en el sistema del Convenio. Este establece que los Estados son los que se comprometen a reconocer los derechos del Convenio (artículo 1) y que las demandas se presentarán frente a violaciones «por una de las Altas Partes contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus protocolos» (artículo 34). Serán, pues, las autoridades del Estado y no los sujetos particulares los que puedan resultar responsables de la violación de esos derechos; una demanda contra sujetos distintos a las autoridades públicas resultará inadmisibile *ratione personae*. Si es posible una demanda sobre la base del artículo 6.2 frente a la actuación de los miembros de un tribunal por vulneración de la presunción de inocencia, en la medida en que son autoridades del Estado, tal demanda no será admisible si se presenta contra sujetos particulares como periodistas o empresas de prensa cuando actúan con autonomía respecto a las autoridades.

Ahora bien, como ha señalado el TEDH, la presunción de inocencia va más allá del ámbito estrictamente procesal y se proyecta sobre la reputación y posición social del acusado. Tiene, así, una dimensión «social» que resulta protegida por el artículo 8. Ciertamente,



esta protección debe articularse de acuerdo con el sistema del Convenio, esto es, como protección frente a la acción del Estado. A este respecto, y en lo que se refiere al derecho a la vida privada (y no solamente a este derecho), el Tribunal ha elaborado su bien conocida doctrina de las obligaciones positivas del Estado (recogida, por ejemplo, como se vio, en *Bédat*). Según esta doctrina, que sigue una larga línea jurisprudencial, el Estado no solo debe abstenerse de toda actuación que vulnere directamente los derechos del Convenio, sino que debe llevar a cabo una protección positiva de los mismos tanto previniendo su vulneración como, en su caso, remediándola o reparándola. Como en el citado caso *A. vs. Noruega*, la no reparación por los tribunales domésticos de una lesión infligida por sujetos particulares que afecta al honor y la reputación de la persona supone un incumplimiento de las obligaciones positivas del Estado en relación con los derechos del Convenio y, por ello, una vulneración del mismo. La consideración del acusado como inocente por la opinión pública forma parte, pues, de su honor y reputación, y esa la vía a través de la cual debe presentar su demanda ante el Tribunal si estima que su presunción de inocencia (en su dimensión «social») se ha visto afectada por un juicio paralelo lesivo para su honor y reputación. Tal consideración es la que se expresa en la ya citada manifestación del Tribunal en *A. vs. Noruega*: la inadmisión de la queja basada en el artículo 6.2 no impide que esa queja pueda ser tenida en cuenta al llevar a cabo la ponderación derivada de la invocación de la vulneración del artículo 8 del Convenio.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

Una excelente exposición de la doctrina del TEDH sobre el tema puede encontrarse en BUSTOS GIBERT, Rafael (2017): «Juicios paralelos y presunción de inocencia en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en A. Ovejero Puente (ed.), *Presunción de inocencia y juicios paralelos en Derecho comparado*, Valencia: Tirant lo Blanch, 27-55. En el mismo volumen, y sobre Francia, LECUQ, Olivier, «Presunción de inocencia y juicios paralelos en Francia», 86-96. Para este país, y en relación con la jurisprudencia del TEDH, BURGOGUE-LARSEN, Laurence (2015): *La Convention Européenne des droits de l'homme*, Issy les Moulineaux: LGDJ, 114-117. Para la repercusión en España de la jurisprudencia del TEDH, BARRERO ORTEGA, Abraham (2010): *Juicios por la prensa y ordenamiento constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch, esp. 105 y ss. Para una visión general, dentro de la jurisprudencia relativa al art. 6.2 del Convenio, HARRIS, Davis, Michael O'BOYLE *et. al.* (2014): *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 460-467; también GRABENWARTER, Christoph (2014): *European Convention on Human Rights. Commentary*, Munich: Verlag C.H. Beck, 166-170.

**Fecha de recepción: 3 de octubre de 2018.**

**Fecha de aceptación: 8 de noviembre de 2018.**

# LA JUSTICIA PENAL EN LA SOCIEDAD DIGITAL CRIMINAL JUSTICE IN THE DIGITAL ERA

*José Luis Ramírez Ortiz*

*Magistrado  
Audiencia Provincial de Barcelona*

## RESUMEN

En el presente artículo se exponen los principios básicos del modelo de justicia penal del Estado constitucional, basados en el establecimiento de límites al poder punitivo y de garantías procesales y materiales. Entre las garantías orgánicas, se presta especial atención a la figura del juez como sujeto institucional imparcial cuya legitimidad democrática deriva del ejercicio adecuado de su función y de su sujeción a la crítica pública. A continuación, se analizan las razones del derrumbe del modelo de crítica pública en la sociedad digital y de la liquidación del modelo penal en una sociedad atravesada por una fuerte crisis económica e institucional, ejemplificados en un caso de relevancia mediática (La Manada). Finalmente, se proponen algunas medidas institucionales para paliar la situación.

## PALABRAS CLAVE

Estado constitucional, sistema penal, sociedad digital, juez, proceso, independencia judicial, presunción de inocencia, víctimas, medios de comunicación, posmodernidad.

## ABSTRACT

This article explains the basic principles of the criminal justice model of the Constitutional State, based on the establishment of limits to State punitive powers and procedural and material guarantees. Among the organic guarantees, special attention is given to judges, as impartial institutional subjects whose democratic legitimacy derives from the proper exercise of their function and their subjection to public criticism. The reasons for the collapse of the public criticism model in the digital society and the liquidation of the criminal model in a society which suffers from a strong economic and institutional crisis, exemplified in a case of mediatic relevance (The Wolfpack) are analyzed below. Finally, some institutional measures are proposed.

## KEY WORDS

Constitutional state, criminal system, digital society, judge, process, judicial independence, presumption of innocence, victims, mass media, postmodernity.

# LA JUSTICIA PENAL EN LA SOCIEDAD DIGITAL

José Luis Ramírez Ortiz

Magistrado  
Audiencia Provincial de Barcelona

**Sumario:** 1. Un modelo teórico de limitación y garantía sujeto a la crítica pública. 2. El derrumbe del modelo de crítica pública. 3. La liquidación del modelo penal y procesal constitucional. 4. Un programa mínimo de propuestas.

## 1. UN MODELO TEÓRICO DE LIMITACIÓN Y GARANTÍA SUJETO A LA CRÍTICA PÚBLICA

El subsistema penal, integrado en un sistema de control social más amplio, se caracteriza por la presencia de tres elementos: la norma jurídica, que define la conducta prohibida; la sanción, que refuerza la norma al anudar su aplicación a la violación de la norma; y el proceso o mecanismo de verificación de la vulneración de la norma y de imposición de la sanción. Los contenidos de estos elementos varían en función de la diversa lógica de los sistemas políticos. Si en los regímenes autoritarios el subsistema penal suele desempeñar una función de mero refuerzo del poder —que, al menos tendencialmente, no conoce límites—, en las democracias constitucionales se concibe de modo opuesto, es decir, como mecanismo de limitación del poder. Ello es así porque los Estados constitucionales asumen un metaprincipio programático de sana desconfianza hacia el ejercicio del poder punitivo por parte de los poderes públicos, considerados *a priori* proclives al abuso y la arbitrariedad, de ahí que uno de sus principales cometidos sea defender a los ciudadanos de la acción del propio Estado.

Norma y sanción integran el Derecho penal constitucional, que se singulariza por la presencia de numerosos principios limitadores, que operan a modo de garantías materiales (*v. gr.* legalidad en sentido estricto, lesividad, fragmentariedad, subsidiariedad, etc.). Por su parte, el Derecho procesal penal constitucional legitima al Estado para intervenir en la vida del ciudadano con la finalidad de comprobar si cometió el hecho prohibido por la norma y si, en caso positivo, debe imponérsele la sanción correspondiente, e igualmente pivota sobre diversos principios estructurales limitativos del poder (garantías procesales y orgánicas). En suma, en el modelo constitucional, la formalización del castigo que supone todo subsistema penal obliga a respetar escrupulosamente un amplio elenco de garantías antes de imponer la medida sancionadora.

En este modelo, los sujetos institucionales que participan en la persecución penal asumen roles diferenciados en la investigación y en el proceso en coherencia con el principio

de división de poderes. Unos, más vinculados con el ejecutivo, se encargan de la prevención, investigación técnica y acusación (Policía y Ministerio Fiscal) y otros (el juez) de la garantía de los derechos y del enjuiciamiento (dejo fuera de consideración la anacrónica figura del juez instructor).

Llegamos, así, al juez. Las democracias constitucionales se caracterizan por la pretensión de armonizar dos principios en apariencia contradictorios: la distribución del poder político sobre la base del paradigma democrático (entendido como la participación directa de todos los ciudadanos en toda toma de decisiones) y la limitación de ese poder por instituciones que no responden necesariamente a tal paradigma. Ello explica la existencia de unas instituciones concebidas para la participación popular —como el Parlamento—, que tienden a garantizar que los individuos ejerzan el poder por sí mismos, y de otras diseñadas para la protección del ciudadano frente al pueblo, cuya función es salvaguardar a las personas de los eventuales abusos cometidos por el poder.

La institución judicial es un ejemplo clásico de institución *demoprotectora*. En aquellos sistemas en los que ha dejado de ser un apéndice de otros poderes —en especial, del ejecutivo— se alza en teoría como un poder contramayoritario integrado por personas no elegidas por el pueblo que tienen atribuida la función de garantizar los derechos fundamentales. En este sentido, se trata de una instancia necesaria, en tanto que los derechos reconocidos en la Constitución que garantiza no pueden ser sometidos al voto, dado que, una vez constituido el poder, son la precondition de su ejercicio. Ahora bien, precisamente por el déficit de *legitimidad democrática en origen* del poder judicial, es exigible que se refuercen sus condiciones de legitimidad. Tal reforzamiento tiene lugar, fundamentalmente, a través de dos vías.

La primera, interna, se traduce en la efectiva actuación del juez en el caso concreto como tercero imparcial en el marco de un proceso de partes en el que deben respetarse rigurosamente las garantías procesales como paso previo a la decisión con la que aquel concluye, que se sustenta en la ley democrática; es lo que se conoce como *legitimidad de ejercicio*.

La segunda, externa, se cifra en la sujeción a la crítica pública, que es particularmente relevante en el ámbito de la justicia penal, dadas las consecuencias que de su activación se derivan para los sujetos sometidos a la misma y la singularidad del sector del ordenamiento que se aplica.

En los Estados constitucionales, suele reconocerse una posición preferente a la libertad de expresión, ya que, en tanto cauce del principio democrático participativo, es uno de los pilares del modelo. La libertad de expresión constituye un potente mecanismo de promoción del pluralismo en el debate público que permite someter a la crítica colectiva las decisiones de quienes detentan el poder. Es, por ello, un dispositivo básico de control social del poder político, pero también del poder judicial —que, como todo poder, no es ajeno a los excesos y al abuso—. Tal perspectiva remite al derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. El derecho que está, pues, al servicio de la conformación de una opinión pública libre, cuya existencia se configura como condición necesaria para el correcto funcionamiento de la democracia.

En esta línea, los Estados constitucionales se refuerzan cuando los ciudadanos reciben una información adecuada sobre la organización de los poderes públicos, sobre las condiciones de elaboración y aplicación del Derecho y sobre el funcionamiento de la Administración de Justicia, de sus órganos y del propio sistema penal, con especial énfasis en el concreto papel del juez. A tal efecto, los medios de comunicación desempeñan un papel esencial como observadores ajenos al sistema que explican sus cometidos, ponen de manifiesto sus disfunciones y, eventualmente, contribuyen constructivamente a su mejora. Ciertamente, en ocasiones los propios medios pueden incurrir en abusos o errores, pero esta posibilidad, susceptible de remedio o corrección, no les priva de su posición privilegiada como instrumento de articulación de las libertades de expresión y comunicación, que les convierte en «perros guardianes de la democracia», según la conocida expresión de Daniel Santoro.

## 2. EL DERRUMBE DEL MODELO DE CRÍTICA PÚBLICA

Pues bien, el modelo de limitación y garantía sujeto a la crítica pública que acaba de exponerse —y que solo de modo imperfecto se instauró en la España constitucional— parece haberse desvanecido. Varios factores explican esta situación. Unos afectan a los procedimientos de conformación de la opinión pública y de las decisiones políticas. Otros, a la propia naturaleza del sistema de intervención penal. Respecto a los primeros, cabe apuntar, entre otros, los siguientes:

*i)* Como punto de partida, cabe hacer referencia a la pérdida de los espacios públicos racionales de debate. Como indica Todorov, la Ilustración nació como un doble movimiento: de liberación respecto de normas impuestas desde fuera y de construcción de nuevas normas elegidas por nosotros mismos. La autonomía —individual y política— fue, por tanto, uno de sus rasgos centrales. Pero esa autonomía debía acompasarse a la razón para evitar el riesgo de la alienación. Nuestras opiniones, que determinan nuestras decisiones, se basan, en buena parte, en la educación que hemos recibido y en la información de que disponemos. La confusión, propia de la economía de mercado, entre la libertad de prensa y la propiedad privada de los medios de comunicación siempre ha constituido una amenaza para la libertad de determinación, pues aun en los casos en los que las informaciones no fueran falsas y las opiniones no fueran intelectualmente deshonestas, la estructura de la propiedad del medio informativo propiciaba hasta cierto punto la inevitabilidad del sesgo en la comunicación. Pues bien, tras la proliferación de medios informativos de ideología heterogénea que trajo consigo la instauración de la democracia, desde la década de los 90 se ha ido produciendo un proceso de concentración en grandes grupos de comunicación que consolidan bloques ideológico-económicos polarizados en la prensa escrita, la radio y la televisión. Ello constituye una grave amenaza para la libre formación de la opinión pública y para la propia racionalidad de la crítica pública, pues tal crítica vendrá sobredeterminada por los intereses que *a priori* defiendan aquellos bloques.

Por otra parte, los avances tecnológicos de las últimas décadas han generado nuevos riesgos. No cabe negar que la sociedad digital y las redes sociales han supuesto en muchos aspectos un innegable avance. Pero tampoco puede cuestionarse que han generado nuevos riesgos para la libre formación de la opinión pública. El primero es la emergencia de espacios de debate desestructurados, fragmentarios y superficiales. El acceso masivo a internet (cuyo aspecto positivo es la democratización de la difusión de la opinión) presenta oscuras aristas: la ausencia de filtros «institucionales» —los medios de comunicación tradicionales habían venido ejerciendo hasta ahora tal función, *v. gr.* a través de las decisiones de los consejos de redacción— sobre la calidad y los contenidos de las informaciones y opiniones permite que se extienda una falsa concepción de la democracia deliberativa conforme a la cual todas las opiniones son igualmente respetables y merecedoras de crédito, así como la proliferación de sujetos que aprenden rápidamente cómo convertirse en populares, tener seguidores, comentaristas y difusores de lo que dicen. Además, en la época de Facebook, Twitter y Google, los medios de comunicación tradicionales acaban cediendo a la lógica del buscador y el chascarrillo ingenioso. Pero no solo esos medios: ha surgido una nueva esfera virtual en la que se disuelven lo público y lo privado, que se convierte en un verdadero espacio de convivencia que determina lo que sucede en el mundo real y que tiende a fagocitar los espacios físicos de este. Los debates televisivos y parlamentarios se centran, cada vez más, en la búsqueda del titular en la red social. Cunde la impresión de que quienes debaten no lo hacen con el fin de aportar ideas para abordar los problemas y construir soluciones colectivamente, sino para alcanzar una fama inmediata en las redes sociales. En un círculo vicioso del que es difícil salir, la elección de los temas de interés y el modo de anunciar noticias se nutren de la lógica de la polémica. Twitter y otros instrumentos similares pasan a convertirse en generadores de noticias basura que alimentan las ediciones digitales de los periódicos y la comunicación radiofónica y televisiva. La lucha por el *trending topic* lleva aparejada la lucha por el índice de audiencia.

Las exigencias de los formatos (los 140 caracteres de Twitter, hoy ampliados) empuñan los debates y las reflexiones. Ningún problema social tiene fácil solución. Las interconexiones entre los problemas son múltiples. Jibarizando los debates y las reflexiones para ajustarse a esos formatos y a sus reglas con el solo propósito de destacar, únicamente se consiguen falsas respuestas.

En esos espacios desformalizados donde campan personas carentes de conocimiento experto, no son infrecuentes los análisis superficiales e interesados de la información judicial. Esa desformalización, por último, no pasa desapercibida al capital, que puede penetrar en esos nuevos espacios para conformar grupos de presión con sus propias agendas que trasladan a la opinión pública una información marcadamente sesgada. Esto es especialmente relevante en el ámbito de la justicia penal: sobre la base de sucesos anecdóticos descontextualizados, se potencia el miedo al delito y se promueven soluciones simplistas favorecedoras de determinados lineamientos políticos que desfiguran por completo el modelo penal constitucional.

*ii)* En relación con lo expuesto, otro de los logros de la Ilustración —la defensa de que la libertad del individuo implica distinguir entre hecho e interpretación, ciencia y

opinión, verdad e ideología— sucumbe en los dominios de la posverdad. El juicio a los integrantes de La Manada (cinco jóvenes acusados de un delito de violación cometido en el marco de las Fiestas de San Fermín en Pamplona y condenados por la Audiencia Provincial de Navarra como autores responsables de un delito de abuso sexual con prevalimiento: el Tribunal no entendió acreditada la intimidación y uno de los magistrados emitió un voto particular disidente absolutorio) constituye un buen botón de muestra. En una tertulia del programa *La sexta noche* emitido el sábado 31 de abril de 2018, hubo periodistas que, sin ningún rubor, hicieron afirmaciones sensacionalistas e inveraces; por ejemplo que los condenados por el delito a (tan solo) 9 años de prisión estarían en la calle en pocos meses. Otros comenzaron su intervención remarcando que no podían articular palabra ante la indignación y repulsión que sentían hacia la sentencia y los miembros del tribunal: el discurso basado en la razón fue reemplazado por la falacia y el sentimiento. Las intervenciones de otros periodistas en el mismo espacio evidencian claramente del nuevo estado de cosas («Yo no he visto el juicio, pero la prueba está mal valorada», o «Yo no sé Derecho, pero la interpretación de la norma es equivocada»). En definitiva, ha regresado la vieja búsqueda del sensacionalismo mediante la selección de sucesos capaces de generar el interés masivo y la apelación a los impulsos y las pasiones más elementales a través de las que incluso se fomentan formas de movilización, sentimentales o agresivas, cercanas al linchamiento.

*iii)* La lucha por la hegemonía en el discurso es otro factor no menos relevante. La posmodernidad reconoce la incapacidad de los movimientos políticos para actuar sobre la infraestructura de los problemas y suple esa incapacidad desviando la atención hacia los discursos. No cabe negar que, en cierto sentido, el discurso contribuye a construir la realidad, pero no puede compartirse la idea de que la determina. Los factores objetivos y externos siguen existiendo. En un retorno nominalista, se diría que el nombre hace a la cosa. A la vista de la reacción social generada por la sentencia del caso antes citado, cabe deducir que uno de los principales problemas radicó en que la acción de los acusados fuera calificada como «abuso» y no como «violación». No se cuestionó la pena, sino el fundamento de la condena, lo que sugiere que una mera reforma terminológica del Código Pena que calificara como constitutivos de violación todos los delitos contra la libertad sexual para distinguirlos luego en grados habría evitado en buena medida las críticas.

*iv)* La sociedad digital provoca una aceleración del tiempo caracterizada por una obsesiva atención hacia el acontecimiento presente, que se va renovando prácticamente a diario, relegando al olvido, también de forma inmediata, el pasado más reciente. Ello genera dos efectos: la necesidad de agotar la respuesta también de modo instantáneo y la aparición de la dictadura del corto plazo. Se habla de democracias aceleradas, en el sentido de que asume la convicción de que es posible conocer en tiempo real los deseos de la sociedad —como si esta fuera un todo homogéneo— y darles una respuesta política inmediata en una especie de democracia instantánea.

En el caso de La Manada, la velocidad de la reacción de la clase política, que se produjo prácticamente en tiempo real, es la más diáfana expresión de la desaparición del «tiempo largo» de la política y su reemplazo por el «tiempo instantáneo» de la demagogia. Y es más

que probable su conexión con el desprestigio de la política y de las instituciones representativas en la ciudadanía.

La duda que surge en este nuevo contexto es si debemos actualizar la reflexión sobre el significado del «papel preferente» de las libertades de expresión e información, en especial sobre el de los agentes que hacen de su ejercicio su profesión o medio de vida.

### 3. LA LIQUIDACIÓN DEL MODELO PENAL Y PROCESAL CONSTITUCIONAL

También el modelo de Derecho penal y procesal constitucional, instaurado en España tras la promulgación de la Constitución de 1978 en línea con el constitucionalismo europeo de la segunda mitad del siglo XX, parece haber entrado en crisis sin que haya llegado a tener la oportunidad de implantarse efectivamente. Si el progresivo desmantelamiento del Estado del bienestar, que tampoco llegó a consolidarse en nuestro país, generó gradualmente altas dosis de inseguridad existencial, hasta el punto de imposibilitar la planificación de proyectos vitales, la crisis económica de 2008 fue directamente instrumentalizada para reestructurar el diseño de los Estados mediante el condicionamiento de sus políticas económicas. Dicha labor de reestructuración, impulsada por los causantes de la crisis, fue facilitada por los poderes políticos, incapaces de resistir las demandas y exigencias de aquellos. Lógicamente, ello contribuyó a generar un caldo de cultivo que llevó a amplios sectores de la población a cuestionar radicalmente los comportamientos, las actitudes e incluso la propia legitimidad de los poderes públicos y, entre ellos, el poder judicial, particularmente en su rama penal.

No puede negarse que la «tentación populista» siempre ha estado presente en este sector del ordenamiento jurídico. Ahora bien, tras el asalto neoliberal a las posibilidades reguladoras de las democracias, la situación se ha agravado. Así, si el pacto social ya no puede fundarse en la asunción por los Estados de la obligación de erradicar las causas económicas y sociales de la vulnerabilidad y la incertidumbre de la ciudadanía (paro, desigualdad económica, explotación laboral...) que se dicen en manos de los mercados, y el poder político, precisado de legitimación, ha de buscar la fuente de legitimidad en otro lugar. Y la refundación del pacto social se basa en la redefinición en clave penal de todos y cada uno de los conflictos sociales. Se desplaza, en consecuencia, el foco de atención: desde la precariedad, la desigualdad y la incertidumbre generadas por el mercado a la inseguridad personal vinculada con el delito.

La simple lectura de los titulares de la prensa impresa o digital y de los mensajes y memes de las redes sociales ante cualquier episodio que da lugar a un proceso penal que adquiere el rango de caso mediático (cualidad adquirida en la mayor parte de las ocasiones no por la relevancia o interés público del asunto, sino más bien por el simple hecho de que se le dé publicidad) pone de relieve que bajo la superficie del caso laten tomas de postura que advierten del advenimiento de un nuevo (anti)modelo. Un modelo en el que el penal no es solo un subsistema integrado en el sistema de control social, sino que, dado el fracaso de otros subsistemas motivado precisamente por el derrumbe del Estado de bienestar,



pretende englobar la totalidad del sistema de control social. Un modelo en que, además, anticipa un nuevo enfoque del papel del Derecho penal y del poder judicial.

En el caso que utilizamos como paradigma (el juicio de La Manada), el análisis de los titulares de prensa, de las tendencias en Twitter o del tenor de las reivindicaciones en las numerosas manifestaciones ciudadanas convocadas a raíz del fallo puso en evidencia que la mayor parte de las personas no opinaba sobre si, en el caso enjuiciado, se había acreditado la hipótesis acusatoria A o la hipótesis defensiva B a la vista de las pruebas practicadas en el plenario, o sobre la corrección en la subsunción. La sentencia fue un mero pretexto para que los debates se ocuparan de otras cuestiones e introdujeran en el discurso público planteamientos que gozaron de un respaldo mayoritario, unos planteamientos que, por su alcance y relevancia para la salud del Estado constitucional, habrían merecido la apertura de espacios de reflexión y debate serenos y rigurosos. En concreto:

*i)* El proceso penal es un instrumento político. No es un instrumento o cauce limitador del poder, sino su extensión. Como instrumento político que es, las condenas o absoluciones son concebidas como éxitos o fracasos, respectivamente, de las concretas reivindicaciones subyacentes. Así, el juicio no fue un juicio a cinco personas acusadas de agresión sexual. Fue un juicio a la violencia sexual machista y al patriarcado. Toda absolución es un paso atrás. Toda condena que no sea ejemplar es una derrota.

*ii)* El Derecho penal se desentiende también de su clásica función limitadora del poder, con alguna particularidad añadida. Es conocida la distinción entre sus efectos instrumentales y simbólicos. Los primeros pueden modificar la realidad social mediante la prevención de los comportamientos prohibidos. Los segundos tienen por finalidad transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, y su influencia se reduce a las representaciones mentales. En cierto modo, toda norma penal desempeña esa doble función. Ahora bien, considerando la gran influencia que los medios y las redes sociales tienen en la agenda política y su poder para generalizar la asunción de determinados puntos de vista y actitudes y para conformar la opinión pública, el riesgo es evidente: acabar recurriendo al Derecho penal para abordar problemas cuya solución se encuentra en otro sitio.

*iii)* Solo es justo el Derecho penal duro y ejemplarizante. En esta línea, es llamativo que la izquierda y los movimientos sociales se estén convirtiendo en puntales al servicio de la estrategia punitivista de la derecha mediante la reivindicación del uso político del proceso penal y la función simbólica del Derecho penal. Era más que previsible que los debates y las movilizaciones de crítica a la sentencia acabarían siendo redirigidos políticamente, alimentando el populismo punitivo y traducándose en una nueva reforma al alza del Código Penal. No negamos que el Derecho penal sexual deba ser objeto de reforma. El problema radica en que, actualmente, cuando en el terreno de la legislación penal se sacrifica el eje izquierda/derecha —atravesado, a su vez, por los ejes liberal/conservador y libertad/igualdad— para recabar mayores adhesiones, el resultado, supuestamente consensuado y transversal, acaba incorporando una renovada impronta autoritaria.

*iv)* Es fácil distinguir entre el bien y el mal. Derecho y proceso penal abandonan la lógica de las técnicas y dispositivos de control y limitación del poder y se sitúan en la lógica del combate al mal. Toda persona está en condiciones de distinguir el bien y el mal. Si los

jueces no actúan en consecuencia es simplemente porque son cómplices del mal o porque no están preparados para combatirlo, dado que el trazado de aquella distinción está al alcance de cualquiera.

*v)* Esta concreta sentencia (que es apodícticamente mala, pues el Derecho penal está al alcance de cualquier persona) es un botón de muestra de la situación de la Justicia. Todo nuestro sistema judicial está aquejado del mal que la sentencia evidencia. Es paradójico que, en cuestión de días, el poder judicial pasó de ser un abanderado de la lucha contra la corrupción y un defensor de los derechos hipotecarios y arrendaticios de la población para engrosar las filas de los poderes oscuros que no han dejado todavía atrás los tenebrosos tiempos de la dictadura franquista.

*vi)* La independencia judicial tiene una vertiente conocida: ausencia de dependencia del ejecutivo. Pero tiene otra añadida: las resoluciones de los tribunales deben ser acordes con el sentir de la «opinión pública» —sea lo que fuere lo que signifique esta expresión— y deben administrarse y dictarse de modo ejemplar. Esa mención benévola al sentimiento del pueblo y a sus intuiciones sobre la justicia olvida que la mayor parte de nuestras garantías procesales, esenciales para calificar el sistema como democrático son coniraintuitivas (*v. gr.*: derecho a guardar silencio *vs.* «quien calla es porque algo oculta») y que la democracia no solo se compone de instituciones demoparticipativas, sino también de instituciones demoprotectoras.

*vii)* Existe una suerte de «unidad de poder». En determinadas «luchas» (el empleo de la terminología bélica es sintomático), «todos estamos en el mismo barco».

El espacio del poder legislativo y el del poder ejecutivo (confundidos en la democracia de partidos) es, en síntesis, el de la definición y ejecución de políticas generales. La aplicación de esas políticas a las personas individuales exige la concurrencia de un poder judicial desligado de aquellas finalidades colectivas que asegure espacios reglados de debate respetuosos con los derechos, garantías e intereses en juego para resolver de forma imparcial el conflicto que se somete a enjuiciamiento. Obviamente, quienes juzgan aplican una normativa desarrollada con finalidades políticas colectivas, por lo que asumen un deber de lealtad institucional frente a la instancia que tiene democráticamente asignadas las decisiones sobre las mismas. Pero los jueces aplican normas y no optan entre criterios de oportunidad conforme a esas finalidades colectivas. El poder judicial asegura que se aplica lo que la norma dispone, pero no asume como propia la finalidad política que fundó la creación de la norma. Los contornos de esta relación son difusos y sumamente complicados. Lo que ahora interesa es poner de relieve cómo ha cambiado paulatinamente este enfoque.

En los últimos años ha ido elaborándose un nuevo discurso sobre esa relación. El poder judicial debe asumir como propias las finalidades políticas generales. El cambio de modelo es radical. Debe partirse de que, en gran medida, la legitimidad del poder judicial se justificaba en el hecho de que su decisión venía delimitada por la norma y debía ceñirse a la resolución del caso concreto con equilibrio de aquella norma y de los derechos, garantías e intereses de las personas concretamente afectadas. Sin embargo, ahora se reclama al poder judicial que asuma como propias esas finalidades políticas, al tiempo que se le recuerda que carece de legitimidad para cuestionar tales decisiones colectivas. La potencialidad de-

mocrática de una Judicatura constitucional reside en saber respetar el ámbito de decisión que corresponde a la política, si bien debe realizar una lectura de las normas acorde con los principios constitucionales destinada no a cuestionar las decisiones políticas, sino la aplicación a los casos concretos de las normas que han concretado esas decisiones, salvaguardando inexcusablemente los derechos fundamentales. Esos son los límites, pero al mismo tiempo las potencialidades del poder que los jueces detentan. Sin embargo, la nueva percepción de las relaciones rompe ese equilibrio. De acuerdo con ella, el poder judicial debe ser partícipe de las finalidades políticas colectivas, pero carece de legitimidad para cuestionarlas, por lo que ha de ser otro brazo ejecutor de esas políticas. El juicio ha dejado de ser un espacio de debate equilibrado para convertirse en la arena de la escenificación pública del triunfo de las políticas generales en la que se margina el caso concreto y se prioriza un resultado predefinido por aquellas políticas. Si eso no sucede, inmediatamente se señalará a un responsable: el juez, por no haber cumplido con su nueva función.

La proliferación de protocolos e instrucciones elaborados por el Consejo General del Poder Judicial —y pretendidamente elevados a rango de ley— con el propósito de que sean obligatoriamente aplicados por los jueces o la existencia de una institución como el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género con sede en el propio Consejo del Poder Judicial (no cuestionamos la necesidad de la existencia del organismo, sino su centralización en el seno del poder judicial) dan cuenta de este estado de cosas.

*viii)* Por último, en ese contexto de pretendida unidad de poder, la víctima real, potencial o ficticia, individual o asociativa, adquiere un papel protagónico antes desconocido. Hemos pasado de un modelo en el que los intereses de las víctimas reales quedaban englobados en los intereses públicos a otro en el que una heterogénea tipología de víctimas preside y orienta el debate político criminal. En contrapartida, el delincuente (también en una triple caracterización: real, potencial o ficticio) abandona la escena de la reflexión política crítica: se niega sin más la influencia, mayor o menor, de los problemas estructurales propios de una sociedad desarticulada en la comisión de un ilícito. Si el sujeto ha cometido el delito o está en disposición de hacerlo es por un puro acto de voluntad asociado a una personalidad malvada o ventajista que debe ser neutralizada.

En línea con lo anterior, el protagonismo de la víctima no solo tiene un estatuto político, sino también epistemológico. Así, en el terreno de la valoración probatoria penal va adquiriendo creciente respaldo la idea de que existe cierto tipo de denunciante cuyo testimonio debe creerse por definición. Siempre dice la verdad. Por tanto, si los jueces no convertimos su versión en una condena, debemos ser objeto de cuestionamiento. De hecho, en los asuntos mediáticos la normalización acrítica del concepto de «víctima» en el ámbito procesal antes de que se dicte sentencia de condena que declare su condición crea inevitablemente una razonable expectativa de condena que, si no se produce, genera incompreensión en la ciudadanía (si era la víctima, ¿cómo es que se absolvió al agresor?).

El planteamiento no puede ser abordado al margen del análisis político-procesal de fondo, y remite a dos cuestiones. Por una parte, el juicio se instrumenta como método de verificación de la hipótesis acusatoria. Por tanto, hasta que este no concluya no puede

afirmarse la existencia de víctima. El reconocimiento de esa condición no puede preceder a la valoración: es el resultado de dicha valoración.

Por otra parte, es conveniente distinguir el aspecto criminológico y el estrictamente procesal. Cuando se trata de valorar un testimonio, la piedra de toque es la presencia de elementos corroboradores externos. El único modo de sustituir un puro juicio de fiabilidad no controlable por un ejercicio racional de valoración es exigir la concurrencia de datos probatorios adicionales —obtenidos mediante la práctica de otros medios de prueba— atinentes a la participación en los hechos objeto de enjuiciamiento que avalen las manifestaciones de quien declara respecto a un hecho o circunstancia que guarda relación con el hecho referido directamente por el testigo y cuya constatación confirmaría la veracidad de lo declarado por este. Tratándose de la declaración no corroborada del testigo único, esa valoración racional e intersubjetivamente fiscalizable no es posible. Se convierte, como hemos dicho, en un mero ejercicio de fe: creemos al testigo y no creemos al acusado simplemente porque el primero genera confianza. Pues bien, el mantenimiento de un sistema procesal que acepta como prueba de cargo la declaración no corroborada del testigo único siempre genera problemas de compatibilidad con el derecho a la presunción de inocencia: si el acusado guarda silencio o niega los hechos y el testigo los afirma, ¿qué dato adicional, agregado al simple hecho de que el testigo único formula una inculminación, es el que nos persuade? Obviamente, no podemos servirnos de falacias normativistas (dado que el testigo tiene obligación de decir la verdad, dice la verdad; dado que el acusado tiene «derecho a mentir», no dice la verdad). Pero tampoco es lícito servirnos de elementos provenientes del ámbito de la criminología, pues no nos interesa saber qué es lo que estadísticamente suele suceder en determinados contextos, sino si ha sucedido o no los hechos sometido a enjuiciamiento.

Con todo, actualmente se admite la posibilidad de que recaiga una condena sobre la base del testimonio no corroborado. Sin embargo, la decisión política es errónea sobre la base de dos órdenes de razones. En primer lugar, desde el punto de vista epistemológico es preciso hacer referencia a las altísimas tasas de error a que conducen los simples juicios de fiabilidad. En segundo lugar, desde la perspectiva político-institucional cabe señalar tres poderosas objeciones: *a)* las instituciones que participan en el sistema de control penal se condicionan recíprocamente, de modo que cuantos menores sean los niveles de exigencia probatoria aceptados por los tribunales, más limitados serán los esfuerzos orientados a investigar y acreditar los hechos tanto de los cuerpos policiales como los órganos de la investigación y acusación. Y a la inversa: mayores niveles de exigencia estimulan el desarrollo de mejores investigaciones y espolean el acopio de pruebas de distinto origen; *b)* las resoluciones de condena que no toman en consideración elementos corroboradores no son intersubjetivamente compatibles y no pueden ser racionalmente controladas a través del sistema de recursos; por último, *c)* un sistema que permite que las condenas se basen en testimonios únicos no corroborados compromete seriamente la presunción de inocencia. Y es que no es fácil justificar por qué, en este particular contexto probatorio, debemos conceder mayor credibilidad al testigo que al acusado: este puede ser subjetivamente creíble, verosímil y persistente en sus manifestaciones u optar por guardar silencio, supuesto, este

último, en el que no es legítimo extraer conclusiones negativas del ejercicio del derecho fundamental que le reconoce el artículo 24.2 CE.

Si trasladamos nuestra reflexión al juicio del caso de La Manada, conviene hacer alguna precisión adicional. Es evidente que existe un problema de desigualdad estructural entre hombres y mujeres, problema que subyace a conflictos de muy diversa naturaleza, que se refleja en numerosos ámbitos de nuestra organización social y cuya visibilización es cada vez mayor. Son también evidentes tanto la insuficiencia de las respuestas políticas a ese problema estructural y sus manifestaciones como la necesidad de articular soluciones colectivas para abordarlo. Con todo, debe preocuparnos el hecho de que el debate de fondo sobre la desigualdad de género se amalgame con otros que remiten a cuestiones que tienen que ver con presupuestos distintos y que se acabe defendiendo que todos ellos se encuentran vinculados. El lema «Yo sí te creo», de gran virtualidad y potencia política y comunicativa, no puede recepcionarse acriticamente en el ámbito del proceso penal.

#### 4. UN PROGRAMA MÍNIMO DE PROPUESTAS

No cabe cuestionar el derecho de la ciudadanía y de los medios de comunicación a someter a crítica toda resolución judicial, como sucede con cualquier otro acto de un poder público democrático. Sin embargo, y cada vez con más frecuencia, el discurso mediático se transforma en un verdadero ejercicio de linchamiento que sirve fundamentalmente para expandir ideas y posiciones de difícil encaje en un Estado que se pretende constitucional.

Esta situación debe servirnos para reflexionar y aprender, pues el nuevo escenario social está aquí para quedarse. Y en este marco, las actitudes corporativas o puramente «defensistas» (*vid.*, en este sentido, los comunicados de todas las asociaciones judiciales o del presidente del Consejo General del Poder Judicial) son insuficientes en una sociedad en red en la que amplios sectores cuestionan radicalmente decisiones, comportamientos, actitudes e incluso la propia legitimidad de los poderes públicos. Determinadas respuestas pueden producir un efecto contraproducente y aumentar la distancia respecto a la sociedad —y la soledad de un poder que cada vez se percibe más lejano—. La imagen del presidente del tribunal del caso de La Manada leyendo en audiencia pública la sentencia desde el estrado, solo, togado y utilizando un lenguaje técnico y no accesible al ciudadano lego solo sirvió para acrecentar la distancia entre el órgano jurisdiccional y los cientos de ciudadanos y ciudadanas que se manifestaban espontáneamente en los alrededores del Palacio de Justicia expresando su descreimiento hacia el sistema.

Algunos representantes judiciales intentan abrirse paso en este nuevo escenario empleando determinadas herramientas y técnicas comunicativas. Sin embargo, cuanto más compleja es una idea, más difícil resulta su difusión generalizada, y en no pocas ocasiones los buenos propósitos no sirven sino para apuntalar la percepción extendida de que existen intuiciones populares sobre el significado de la justicia y el sentido común jurídico que deben salvaguardarse, pese a que generalmente se trata de distorsiones incompatibles con la

lógica institucional de la jurisdicción que son producto de las apariencias o las pasiones — como denunció lúcidamente Bourdieu—. Por otra parte, el no infrecuente paso de algunos jueces (en especial, desde las direcciones de las asociaciones judiciales) a la política puede generar dudas sobre los propósitos comunicativos y las agendas de quienes intervienen en esos espacios.

Se impone un abordaje integral y consensuado —con espacio para las asociaciones— de la política de comunicación del poder judicial. Si la ciudadanía ha acabado percibiendo a la policía como un «poder amigo» y a la magistratura como un poder del que desconfiar, hay algo sobre la particular posición de la judicatura en el Estado constitucional que no se ha transmitido adecuadamente. Ese abordaje debería combinar los aspectos discursivos centrales (para qué sirve un juez, por qué su rol es diferente que el de un fiscal, un policía o un abogado, qué es un proceso, por qué son distintos los espacios de la política y del Derecho, cuáles son sus puntos de conexión, etc.) con las nuevas herramientas de transmisión de ideas e informaciones y realizar una acción comunicativa permanente, proactiva y no simplemente reactiva. En especial, ha de protocolizarse la respuesta frente a los asuntos que devienen mediáticos, dado el modo en que la sociedad digital interfiere en el proceso. Nos referimos, concretamente, a aspectos tales como los siguientes:

*i)* Tomar en serio las medidas para evitar la anticipación de la condena «impuesta» a través del tratamiento mediático. La Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia, constituye un buen punto de partida. A poco que reflexionemos sobre ello, se trata de poner diques al intento de demolición del proceso de la presunción de inocencia, en expresión de Vives Antón, y combatir el (anti)modelo del proceso penal de la peligrosidad presunta, con todas sus ramificaciones e implicaciones procesales y extraprocesales (entre ellas, la creencia de que se puede predecir el comportamiento personal futuro y erradicar el delito anticipadamente).

*ii)* Es pertinente la intervención activa de los responsables de comunicación del CGPJ en los medios y redes sociales desde el mismo arranque del proceso a fin de explicar las características específicas del proceso y de la jurisdicción con imparcialidad, pero con inteligencia. El discurso institucional no puede ser neutral. Los valores de la jurisdicción tienen que ser defendidos y divulgados públicamente por quienes tienen competencia a tal efecto, especialmente aquellos que son naturalísticamente contraintuitivos.

*iii)* A tal efecto, es fundamental la adopción de medidas que muestren a la ciudadanía el papel imparcial de los juzgadores y su estatuto diferenciado del resto de agentes que intervienen en el ámbito de la persecución del delito. En esta línea, residenciar determinadas instituciones —*v. gr.* determinados observatorios sobre ciertas categorías de delitos— en ámbitos distintos al del poder judicial (*v. gr.* la Fiscalía) clarificaría las posiciones de cada sujeto institucional. Debe romperse la idea, cada vez más acentuada, de que existe una «unidad de poder».

*iv)* En la misma línea, el Informe nº 7 de 2005 («Justicia y Sociedad») del Consejo Consultivo de Jueces Europeos contiene algunas sugerencias de gran utilidad. Así:

– La formación deontológica de jueces y de todo el personal al servicio de la Justicia para su sensibilización (*v. gr.* trato imparcial y sin prejuicios por razón de raza, sexo, religión, origen étnico o posición social).

– La adopción de determinadas medidas que evidencien y refuercen esa imparcialidad, así como el respeto debido a la ciudadanía en las propias sedes judiciales: por ejemplo, permitir a los acusados declarar sin estar esposados o que quienes declaren lo hagan sentados.

– Explicar con claridad a todos los intervinientes en el proceso la naturaleza y el objeto de su intervención (testigos, jurados, etc.).

– Emplear un lenguaje accesible, sencillo y claro, sin perjuicio de la motivación necesaria. En esta línea, se hace necesario evitar, en la medida de lo posible, la desmesurada extensión de las resoluciones, que pierden la escala humana y se convierten en ilegibles (en el caso de La Manada, la redacción de 134 páginas para sentenciar un delito sexual episódico constituye una muestra palmaria del temor a la incompreensión de la opinión pública destinataria, pero esta «hipermotivación» produce un efecto contrario al buscado, ya que dificulta la identificación de la *ratio decidendi* y propicia que se atribuya el carácter de argumento esencial a ramificaciones secundarias del razonamiento). Posiblemente, eliminar las referencias jurisprudenciales del cuerpo de las resoluciones judiciales y sustituirlas por simples notas a pie de página podría contribuir a localizar las razones centrales de la decisión. Por otra parte, si la sentencia se lee en audiencia pública, habría que buscar mecanismos de publicidad más próximos que facilitarían la comprensión de la resolución (notas de prensa, como las que emite la Sala Segunda del TS).

No se trata, sin duda, de una tarea fácil. En un contexto mundial marcado por la destrucción del modelo de bienestar, la desigualdad social y la precariedad personal es natural que el foco de la reflexión ciudadana no sea el estado de salud del sistema penal, especialmente cuando las explicaciones volitivas sobre la delincuencia han alcanzado gran predicamento en desmedro de las aproximaciones estructurales —que han sido intencionadamente desacreditadas—, lo que produce un efecto de extrañamiento en persona involucrada en un proceso penal. Si bien no cabe empatizar con quien se percibe como enemigo, el modelo constitucional de intervención penal no ha de diseñarse, parafraseando a Von Hirsch, como algo que «nosotros» instauramos para prevenir que «ellos» delincan y castigarles en consecuencia, sino como un sistema inclusivo que los ciudadanos libres diseñamos para autorregularnos. Ciertamente, mientras las estructuras y relaciones económicas vigentes se mantengan, las posibilidades de incidencia en otros planos se hacen más difíciles. Es natural albergar, por tanto, cierto pesimismo. Entretanto, sin embargo, tenemos la obligación institucional de operar en aquellos ámbitos en los que sea posible.

**Fecha de recepción: 3 de octubre de 2018.**

**Fecha de aceptación: 8 de noviembre de 2018.**

# DERECHOS FUNDAMENTALES Y PODER JUDICIAL EN LA SENTENCIA DE LA MANADA FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE JUDICIARY IN THE CASE LA MANADA

*Marc Carrillo*

*Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad Pompeu Fabra*

## RESUMEN

La sentencia dictada en el orden penal en el caso de La Manada plantea diversas cuestiones relacionadas con el ámbito constitucional. Una primera es la relativa a la sujeción del tribunal sentenciador a los principios de independencia y responsabilidad y, por ende, al principio de neutralidad. Aunque la sentencia no es reprochable a la luz de estos principios, muestra una notable incoherencia entre los hechos que declara probados y la calificación penal. Por otra parte, el contenido del voto particular plantea la cuestión de la libertad de expresión del juez cuando ejerce funciones jurisdiccionales y obliga a interrogarse sobre el sistema de selección de jueces en España. Finalmente, el impacto social de esta sentencia incita a reflexionar sobre dos temas: la patología de los llamados juicios paralelos y la responsabilidad de algunos medios de comunicación, especialmente en relación con la tutela del de los derechos de la personalidad y a la presunción de inocencia de los procesados; y sobre la función de las autoridades reguladoras del audiovisual para evitar los excesos de la información irresponsable.

## PALABRAS CLAVE

Independencia judicial, neutralidad judicial, voto particular, libertad de expresión judicial, juicios paralelos, presunción de inocencia, audiovisual, autoridades reguladoras.

## ABSTRACT

The sentence handed down in the criminal order in the case of La Manada raises various questions related to the constitutional scope. The first is related to the subjection of the sentencing court to the principles of independence and responsibility and, therefore, to the principle of neutrality. The sentence does not offer reproach to these principles. However, it shows a remarkable incoherence between the facts that it declares proven and the criminal classification attributed. On the other hand, the content of the dissenting vote raises the question of the judge's freedom of speech when exercising judicial functions and forces to question the system of selection of judges in Spain. Finally, the social impact of this ruling encourages reflection on two issues: the pathology of so-called parallel trials and the responsibility of some media, especially regarding the protection of the rights of the personality and the presumption of innocence of the processed; and on the role of the audiovisual regulatory authorities to avoid the excesses of irresponsible information.

## KEY WORDS

Judicial independence, judicial neutrality, dissenting vote, freedom of judicial speech, parallel judgments, presumption of innocence, audiovisual, regulatory authorities.



# DERECHOS FUNDAMENTALES Y PODER JUDICIAL EN LA SENTENCIA DE LA MANADA

Marc Carrillo

Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad Pompeu Fabra

**Sumario:** 1. Introducción: el entorno social e institucional de la sentencia como síntoma de una patología. 2. Sobre la independencia de la Audiencia Provincial de Navarra y la incoherencia argumentativa de la sentencia. 3. Acerca de la libertad de expresión de los jueces en la actividad jurisdiccional, incluso cuando emiten un voto particular. 3.1. El sentido del voto particular. 3.2. La selección de jueces. 3.3. La libertad de expresión del juez en el ejercicio de la función jurisdiccional. 4. Los juicios paralelos y la cuestión de la presunción de inocencia en los medios de comunicación. 4.1. Los juicios paralelos. 4.2. La presunción de inocencia. 5. Los juicios paralelos y las autoridades reguladoras del audiovisual. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN: EL ENTORNO SOCIAL E INSTITUCIONAL DE LA SENTENCIA COMO SÍNTOMA DE UNA PATOLOGÍA

La muy controvertida sentencia número 38/2018, de 20 de marzo de 2018, dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Navarra en el caso conocido con el descriptivo nombre de La Manada y la reacción social suscitada por los criterios de calificación penal utilizados por el tribunal sentenciador en su decisión de 134 páginas sobre la acción cometida contra la libertad sexual de una mujer de 18 años por los miembros de este grupo de cinco individuos, tres de ellos con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, ha puesto de relieve diversos problemas en varios ámbitos de la vida colectiva.

Desde la perspectiva jurídico penal, uno de ellos es la interpretación que respecto a los atentados contra la libertad sexual de las personas merece la distinción entre el delito de agresión sexual (art. 178 CP) y el de abuso sexual (art. 181 CP). Una interpretación que, a la luz de la ley y de la jurisprudencia penal, obliga a reflexionar sobre alcance de los principios de independencia, responsabilidad y neutralidad de los jueces en el ejercicio de la actividad jurisdiccional (art. 117.1 CE). En relación con estos principios que integran la función constitucional de la jurisdicción, la sentencia impone también una reflexión sobre

el alcance de la libertad del juez para emitir un voto particular discrepante de la posición de la mayoría en lo que concierne tanto al contenido de sus manifestaciones como a los límites que afectan al disidente a la hora de exponer sus argumentos jurídicos frente a la decisión de la mayoría. Naturalmente, esta cuestión trae causa del ominoso voto particular contenido en las 236 páginas perpetradas por el magistrado discrepante de la sentencia del tribunal de Navarra.

Las valoraciones que, una vez publicada, mereció la sentencia fueron diversas. En general, las opiniones emitidas en la prensa por diversos penalistas destacaron la necesidad de ponderar el juicio sobre la relación entre los hechos probados y la calificación penal de abuso sexual decidida por el tribunal, y las reacciones descalificadoras más contundentes expresadas mayoritariamente en el ámbito social.

Así, por ejemplo, un penalista consideró que, a pesar de que las manifestaciones populares contra la sentencia podían ser respaldadas, eran poco razonables porque carecían de los elementos de juicio de los que solo dispusieron los magistrados que la emitieron. En este sentido, después de subrayar que el procedimiento de justicia penal español es un sofisticado sistema de garantías concebido para que no termine en la cárcel quien no sea realmente responsable de un hecho gravemente lesivo, la autora señalaba que la garantía central del procedimiento de determinación de lo que realmente ha pasado es el exigente principio de presunción de inocencia, una de las manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE). De acuerdo con este principio —sostenía—, los jueces no pueden afirmar que se ha cometido el hecho lesivo imputado si les parece más probable que improbable —o incluso si les parece más probable—, sino únicamente si aprecian que los hechos se produjeron más allá de toda duda razonable.

Abundando en este argumento, el mismo autor subrayó que, en aquellos casos en los que las conductas se cometen en un contexto de opacidad, sin más testigos que las personas involucradas en los hechos, es patente la dificultad de determinar la frontera entre la libre autodeterminación sexual y la vejación más severa que puede sufrir una persona, que depende de un factor subjetivo como la falta de consentimiento de —o la existencia de un vicio de consentimiento en— uno de los participantes en la relación sexual. Y la situación se complica para el juzgador, insistía el autor, si entre lo fáctico y la interpretativo la discusión se centra en si el consentimiento estuvo viciado por una intimidación o por prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta. En relación con las reacciones sociales generadas por la sentencia, concluía que el pueblo —y menos aún un pueblo justificadamente irritado— no puede ser juez de los casos concretos (Lascurain, 2018: 12).

Otras opiniones emitidas en el ámbito del Derecho penal —por ejemplo, la de Díez Ripollés— han puesto de manifiesto que, tras la aprobación del nuevo Código en 1995, se ha modificado cinco veces la tipificación de los delitos sexuales. Esta mutabilidad del legislador, sostuvo el autor, está provocando la progresiva demolición del modelo de Derecho penal sexual basado en la protección de la libertad individual y la consolidación de un nuevo modelo cada vez más moralista y autoritario. A fin de evitar esta tendencia, el autor afirmaba que, contra lo que pudiera parecer, la absolutización de la mera ausencia de consentimiento no propicia una mayor protección de la libertad sexual, sino su difuminación

como elemento determinante. En este sentido, si da igual cualquier afectación a la libertad, las distinciones se trasladan a la clase de comportamiento sexual y, por tanto, será la naturaleza de la acción sexual —y no la importancia del atentado a la libertad— lo que marcará la diferencia. Con base en esta tesis, el autor afirmaba que, tras la sentencia de La Manada, hemos asistido al aprovechamiento de las emociones y sentimientos de la población por la mayoría de los portavoces políticos, sentimientos alentados, además, por sectores de los medios que asumieron el rol de agitadores de pasiones. Díez Ripollés concluía afirmando que la llamativa pero simple fórmula del «No es no» puede provocar el refuerzo de la tendencia moralista y autoritaria del Derecho penal (Díez Ripollés, 2018: 15).

Otros comentarios han puesto el énfasis en la falta de una adecuada y más sencilla tipificación de los delitos contra la libertad sexual, que debería ajustarse al Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Estambul, 11 de mayo de 2011); en este sentido, sostienen que este tipo de violencia tendría que tener como eje el consentimiento y que, por tanto, la violencia o la intimidación debería ser una agravante de un tipo básico de agresión sexual (Nicolás Lazo, 2018). En sentido similar, otro autor manifestó que, en relación con los delitos de libertad sexual, es necesario volver a una mayor sencillez tipificadora que descansa sobre la inexistencia de consentimiento libre para prever un único delito de violación acompañado por tipos agravados y atenuados; no obstante, el mismo autor se encargó de señalar que la sentencia no es fruto de una errónea redacción del Código Penal ni de una disfunción del sistema procesal, sino simplemente una consecuencia de la independencia judicial y la libre valoración de la prueba (Zarzalejos, 2018: 15).

En una línea más crítica, se ha sostenido que, a pesar de los vaivenes legislativos que el Código Penal ha experimentado desde su aprobación, hay sentencias que, como la que nos ocupa, resultan incomprensibles, dado que, en este caso concreto, el problema no se encuentra en el Código, sino en los propios jueces, que, después de describir una violación en los hechos probados, condenan por abuso sexual (López Garrido, 2018).

La reacción de un amplio sector de las fuerzas políticas giró en torno al socorrido recurso de promover una nueva reforma legislativa para hacer frente a estas situaciones, reivindicación ayuna de una reflexión serena sobre la cuestión de si un fallo como el del caso La Manada es únicamente imputable a la actual tipificación de los delitos contra la libertad sexual o si hay que considerar un factor adicional, a saber, un sistema de selección y formación de jueces que posibilita la emisión de un extensísimo voto particular como el que acoge el último tramo de la sentencia.

Al margen de los comentarios de urgencia realizados en la prensa escrita por determinados juristas tanto durante el desarrollo de la vista como después de que se hiciera pública la sentencia, todos los medios de comunicación se prodigaron *in extenso* sobre los aspectos fácticos del caso. Si bien algunos lo hicieron con relativa moderación informativa, la mayoría se regodearon en los aspectos más escabrosos de los deleznable hechos que motivaron la detención, el procesamiento, el juicio y la condena de los procesados. Si en unos casos daban por sentadas las conclusiones del tribunal cuando todavía no había dictado sentencia, en otros hacían una defensa cerrada e incondicional de los miembros del poder judicial en

unos términos que dejaban pocas dudas sobre el desprecio a la indignación mostrada por amplios sectores de la ciudadanía —por ejemplo, planteando el tema como una disyuntiva entre el veredicto inmediato de «la calle», a la que le bastó una tarde para discrepar de la sentencia, y los cinco meses que tardaron los magistrados en dictar la resolución—.

En el marco de este esquematismo argumentativo se entreveraron las declaraciones populistas del entonces ministro de Justicia contra las tesis del magistrado discrepante —que llegaron al terreno personal— y las muestras de solidaridad corporativa y mediática hacia el mismo, en las que algún articulista llegó a afirmar que el debate sobre la sentencia no versaba sobre la suerte que los condenados pudieran correr, sino «[...] sobre la persecución del justo». Puesto que —añadía— «[...] lo que de verdad interesa es la cabeza [del magistrado disidente] que con sus doscientos y pico de folios de argumentación fundamentada ha dejado en ridículo la tesis inane de la manada linchadora. [...]. Y tardaremos mucho tiempo en darnos cuenta de que ese hombre justo se sacrificó por todos nosotros» (*sic*) (Tafur, 2018).

Un repaso de estas valoraciones jurídicas sobre la sentencia, así como de las reacciones institucionales y mediáticas que generó la resolución, pone de manifiesto la existencia de serios problemas —si no patologías— que afectan a dos pilares que permiten evaluar la calidad del sistema democrático: el poder judicial y el ejercicio del derecho a comunicar información veraz por parte de los medios de comunicación.

En las páginas que siguen, la atención se centrará en el examen de la incidencia que algunos principios y derechos constitucionales en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Navarra.

## 2. SOBRE LA INDEPENDENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA Y LA INCOHERENCIA ARGUMENTATIVA DE LA SENTENCIA

Un caso de la trascendencia social de los hechos, el juicio, la sentencia de la Audiencia de Navarra constituye el supuesto típico en el que las informaciones y los debates —o los remedos de debates— desarrollados en los medios de comunicación provocan la habitual sospecha de la existencia de un juicio paralelo que cuestiona el derecho a la presunción de inocencia y, a la postre, condiciona la decisión del órgano jurisdiccional.

De la detallada y exhaustiva valoración de las pruebas practicadas en el juicio oral realizada por el tribunal (pp. 32 a 94) nada permite sostener que este se viese compelido a llevar a cabo un juicio de oportunidad tributario del estado de la opinión pública que se expresó en los diversos medios ni del ejercicio del derecho de manifestación en las concentraciones de protesta que tuvieron lugar en toda España por los hechos acontecidos durante las Fiestas de San Fermín en Pamplona durante la noche del 7 de julio de 2016 (art. 21 CE). Desde luego, no es una cuestión cuantitativa la que justifica esta afirmación, sino la reiterada aplicación del principio de contradicción en todos los medios de prueba empleados en el juicio, de tal forma que no dejan entrever que los magistrados de la mayoría no actuaron

conforme a su leal y recto entender y entender en la interpretación de la ley procesal y penal aplicables al caso (art. 117.1 CE).

No puede decirse lo mismo del voto particular. De manera harto sorprendente y desde sus primeras páginas, en el fundamento de derecho primero, referido a las consideraciones previas, el voto particular reproduce nada menos que a lo largo de veintiocho páginas (pp. 140 a 168) sentencias del Tribunal Supremo y alguna que otra del Tribunal Constitucional sobre los llamados juicios mediáticos y la garantía del derecho a la presunción de inocencia. Es decir, antes de entrar en la fundamentación de su disenso, y en una línea similar a la sostenida por la defensa de un procesado, el magistrado disidente, con cita de la STS 854/2010, de 29 de septiembre, se explaya en la idea de que «[...] el discurso judicial nunca puede ser vicario de la voluble y a veces evanescente opinión pública». Parece, pues, que en esta extensa introducción expresara dudas sobre la independencia y responsabilidad de los otros dos miembros del tribunal a la hora de valorar las pruebas de cargo y descargo examinadas en el caso.

Esta cuestión lleva a realizar algunas consideraciones sobre los principios constitucionales referidos al funcionamiento del poder judicial y su consecuencia, que es la independencia (art. 117.1 CE).

La independencia es la garantía constitucional que reconoce al juez la libertad para interpretar la ley y el conjunto del ordenamiento jurídico de acuerdo con la Constitución y sin injerencias provenientes de otros poderes públicos, de grupos de presión, de entidades sociales o, en general, de los ciudadanos como titulares de los derechos fundamentales de expresión, información o manifestación.

En su condición de titular de la función jurisdiccional, el juez ha de disponer de libertad de criterio y actuación para decidir en los litigios que resuelve. Este sometimiento a la ley, que incluye como primera sujeción la subordinación a la Constitución, significa que aquella libertad no puede verse menoscabada por razones ajenas al Derecho, ya sean de carácter ideológico y político o de orden subjetivo (Vacas García-Alós, 2009: 1071).

No obstante, la independencia judicial no equivale a la intangibilidad de la posición del juez. La invocación de la independencia judicial no puede ser sinónimo de la apelación a una especie de cláusula abierta que conduzca a la preterición subjetiva de la racionalidad y del Derecho. Por el contrario, su existencia se justifica en la medida en que permita garantizar un juicio *secundum legem* (Martínez Alarcón, 2004: 330). Por ello, la independencia del juez protege al ciudadano frente al riesgo de actos arbitrarios que los órganos dependientes del poder judicial puedan cometer (Simón, 1987: 7).

La garantía de la *independencia judicial* que ha de establecer toda Constitución democrática —y que específicamente prescribe el art. 117.1 CE— depende del sistema de responsabilidad que la misma establezca (Díez-Picazo Giménez, 1991: 106). Los jueces deben responsables precisamente porque son independientes (Díez-Picazo Giménez, 2009: 1842).

Por su parte, el principio constitucional de la *responsabilidad de los jueces* se relaciona con su independencia (art. 117.1 CE). En el ordenamiento jurídico español, basado en

el modelo burocrático continental del poder judicial —organizado de acuerdo con un estatuto jurídico especial de corte funcional—, los jueces solo están sometidos a formas jurídicas de responsabilidad, en ningún caso a responsabilidad política. La legitimidad democrática del juez no proviene de un proceso electivo, sino sencillamente del hecho de que interpreta y aplica la ley legitimada por el Parlamento, depositario de la soberanía popular.

Los jueces no están sometidos a responsabilidad política porque no son libres. En su actuación jurisdiccional, están sujetos a la Constitución y a ley y solo a ellas. El sometimiento en exclusiva del juez a la voluntad de la ley excluye cualquier otra dependencia, incluida la suya propia —es decir, sus preferencias personales o cualquier otra de orden subjetivo—. Por esta razón, la responsabilidad política por los efectos que produzca solo debe imputarse al autor de la ley.

Un ejemplo que permite evaluar la responsabilidad general del juez es el contenido de sus resoluciones. En este contexto de la práctica de la función jurisdiccional, el juez no está ejerciendo ningún derecho; no ejerce, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión, ya sea como ponente de la sentencia o como autor de un voto particular disidente de la mayoría. Está desempeñando la función de interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico para garantizar al justiciable el derecho a la tutela judicial, es decir, el derecho de acceso a la jurisdicción conforme a un procedimiento preestablecido y el derecho a una resolución conforme a Derecho.

La concurrencia de los principios de independencia y responsabilidad del juez cristalizan en otro principio implícito: el de *imparcialidad*. En el ejercicio de la función jurisdiccional, el juez no puede hacer abstracción de esta obligación, complementaria a su independencia. La imparcialidad es una posición orgánica del órgano juzgador que debe traducirse en una imagen o actitud de desinterés subjetivo sobre el caso sometido a su decisión, que ha de juzgar sin interferencias ni concesiones arbitrarias a ninguna de las partes (Jiménez Asensio, 2002: 71). Por otra parte, además, la imparcialidad es también una cualidad objetiva directamente vinculada al crédito social del poder judicial y a la propia legitimidad del Estado, razón por la cual la imagen de imparcialidad del juez resulta decisiva para la seguridad de todo orden jurídico y para el mantenimiento de su legitimidad (Rebuffa, 1993: 42).

Pues bien, a partir de estos parámetros, ¿qué decir de la sentencia emitida por la Audiencia Provincial de Navarra? Del examen de la amplia argumentación ofrecida por los magistrados de la mayoría no es posible argüir nada que pueda poner en cuestión la independencia del tribunal en el proceso en el que resolvió sobre los hechos sometidos a su enjuiciamiento. La decisión de considerar que estos no eran merecedores de la calificación del delito de agresión sexual (art. 178 CP), sino del delito de abuso sexual (art. 181 CP) ha de ser considerada como una manifestación más de su independencia de criterio a la hora de juzgar una acción delictiva y su calificación penal. Para motivar su decisión sin poner en riesgo los principios del artículo 117.1 CE, tuvieron en cuenta tres parámetros imprescindibles: la Constitución, la interpretación de la jurisdicción constitucional y la ley penal —junto a la interpretación que de los delitos enjuiciados ha llevado a cabo la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo—. Desde esta perspectiva, la sentencia de la mayoría no merece reproche.

Cuestión distinta es la crítica jurídica que, sin embargo, pueda suscitar —por ejemplo— la coherencia argumentativa de la sentencia sobre dos extremos. De una parte, la valoración de los medios de prueba alegados por las acusaciones y defensas a través de un exhaustivo, descriptivo y —cabe añadir también— realista examen de los hechos acaecidos y, de otra, la calificación penal con la que concluye, según la cual los hechos probados se subsumen en el tipo penal de abuso sexual. Sobre ello se volverá más adelante.

Siguiendo, por el momento, con los aspectos relativos al principio de independencia judicial, es necesario hacer referencia a algunos problemas con los que ha podido encontrarse el tribunal de Navarra a la hora de aplicar la ley al caso enjuiciado. En especial, si se tienen en cuenta algunas consideraciones expresadas por diversos penalistas en los comentarios de prensa antes expuestos, en los que dejan entrever que, a pesar de las cinco reformas relativas a la tipificación de los delitos contra la libertad o indemnidad sexual desde 1985, el legislador no ha ofrecido una determinación taxativa de las diferencias entre dichos delitos. Se ha llegado incluso a considerar que la actual regulación normativa es un caos. Las insuficiencias legales detectadas pueden, por tanto, generar cierta confusión en el juzgador. Por ello, la labor del juez, que no es el autor, sino el aplicador de la ley, puede devenir más compleja de lo que ya es cuando se trata de decidir sobre la libertad de las personas y la reparación penal del daño causado en este tipo de casos.

Excede los propósitos de este comentario, que no es el de un penalista, llevar a cabo un examen jurídico-penal de las presuntas insuficiencias de la tipificación de los delitos de agresión sexual y de abuso sexual ya señaladas por la doctrina penal. Únicamente, eso sí, debemos apuntar que, si aquellas existen, no es extraño que hayan podido constituir una dificultad añadida para el juez penal.

Así, por ejemplo, el acto consistente en el «acceso carnal vía vaginal, anal o bucal, o la introducción de miembros corporales u objetos por algunas de las dos primeras vías» es un elemento objetivo del tipo, tanto del delito de agresión sexual (arts. 178 y 179 CP) como del de abuso sexual (art. 181.4 CP). La diferencia que establece el Código es que, en el primer supuesto, los hechos ha de producirse con violencia o intimidación y, además, que si los mismos «revisten carácter particularmente degradante o vejatorio», estas circunstancias constituyen tipos agravados del delito de agresión sexual (art. 180.1ª CP), mientras que, en el segundo, para ser calificado como abuso sexual y no como agresión, el acceso carnal ha de producirse «[...] sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento» (art. 181. 1 CP). Por tanto, la concurrencia o no de una situación de violencia o intimidación constituye el factor determinante para decidir si la acción penal enjuiciada es una agresión a un abuso sexual. Cuando, como es el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra y de tantos otros, se trata de conductas que acostumbran a darse en contextos de opacidad, sin más testigos que los intervinientes (Lascuráin, 2018), el examen del caso se hace más complejo.

Atendiendo, pues, a la tipificación de los delitos contra la libertad sexual vigente en el ordenamiento jurídico penal, quizás sería razonable retener la idea, anteriormente expuesta, de que, en los supuestos específicos de «acceso carnal vía vaginal, anal o bucal, o la introducción de miembros corporales u objetos por algunas de las dos primeras vías»,

la tipificación de estos delitos girase en torno a la existencia o no del consentimiento de la víctima, considerando, por tanto, la violencia o la intimidación como factores agravantes de la conducta (Nicolás Lazo, 2018).

Ahora bien, que la imparcialidad, la responsabilidad y la imparcialidad del tribunal no estén en cuestión no obsta para que se consideren los problemas que presenta la conclusión a la que llega: condenar por la comisión del delito de abuso sexual a los acusados. La argumentación realizada en el relato de los hechos probados y la calificación penal que finalmente les atribuye ofrecen serias dudas sobre la justificación de la existencia de un abuso sexual y la consiguiente exclusión de la agresión sexual y, por tanto, del delito de violación en los términos previstos por el artículo 179 CP.

Porque, en realidad, de la lectura de la secuencia de hechos probados parecería que la *ratio decidendi* de la sentencia se encaminaría de forma indefectible hacia la calificación penal de agresión sexual. Sin embargo, la explicación dada para concluir que los hechos que se iniciaron en la noche del 6 de julio de 2016 y prosiguieron en la madrugada del siguiente en Pamplona constituyeron un delito de abuso sexual cometido por cinco hombres de edades comprendidas entre los 24 y los 27 años contra una mujer de 18 de años, ofrece un notable grado de incoherencia entre la descripción fáctica probada y la calificación penal de la resolución. A modo de ilustración de esta consideración, seguidamente se exponen algunos ejemplos al respecto.

A partir del análisis de los fundamentos jurídicos (apartado III: Justificación probatoria) y de la cita textual del redactado de la sentencia, cabe destacar lo siguiente:

*i)* el Tribunal infiere razonablemente que desde el primer momento la mujer había manifestado a los agentes que la atendieron en la calle «que había sufrido una actuación atentatoria a su libertad sexual y que ella no había prestado aquiescencia» (p. 37);

*ii)* que en aquel momento, el estado de la mujer denunciante, «[...] apreciado por los testigos [...], revela que estaba viviendo una situación de desesperación, angustia y ansiedad; en nada compatibles, con la situación de una persona, que o bien se siente despechada porque después de haber finalizado una relación sexual consentida, los varones que la mantuvieron no le ofrecieron “continuar la fiesta juntos” [...]» (p. 38);

*iii)* «[...] es inocultable que la denunciante se encontró repentinamente en el lugar recóndito y angosto descrito [un reducido habitáculo del interior del portal de una finca de pisos], con una sola salida, rodeada por cinco varones, de edades muy superiores y fuerte complejión; al percibir esta atmósfera se sintió impresionada y sin capacidad de reacción. En ese momento notó como le desabrochaban la riñonera [...]; que le quitaban el sujetador [...]; desde lo que experimentó una sensación de angustia, incrementada cuando uno de los procesados acerca la mandíbula de la denunciante para que le hiciera una felación [...]. Sintió un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera, manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados» (p. 56);

*iv)* «[L]a denunciante durante todo el desarrollo de la secuencia muestra un *rictus* ausente, mantiene durante todo el tiempo los ojos cerrados, no realiza ningún gesto ni mues-



tra ninguna actitud que impresione de toma de iniciativa respecto de actos de índole sexual ni de interacción con los realizados por los procesados [...]» (p. 60);

*v)* «[...] y no apreciamos ningún signo que nos permita valorar, bienestar, sosiego, comodidad, goce o disfrute de la situación» (p. 65);

*vi)* «En algunas secuencias [en la fase de prueba el tribunal tuvo ocasión de visionar las escena de actos sexuales con la denunciante que los procesados grabaron voluntariamente], comprobamos que algunos de los procesados le agarran del pelo por la parte superior de la cabeza [...]. Este video ilustra en nuestra consideración bien a las claras que la denunciante está sometida a la voluntad de los procesados, quienes la utilizan como un mero objeto, para satisfacer sobre ella sus instintos sexuales» (p. 71);

*vii)* «En conclusión, la situación que según apreciamos describen los videos y fotos examinados, nada tiene que ver, con un contexto en el que la denunciante estuviera activa, participativa, sonriente y disfrutando de las prácticas sexuales, según mantienen los procesados» (p. 73).

Y siguiendo con la síntesis de hechos probados por la Audiencia de Navarra:

*viii)* además de lo hasta ahora reproducido, de las pruebas periciales practicadas, el tribunal hace constar que: «*i)* [...] con arreglo a la literatura científica, apreciando los datos empíricos, la ausencia de consentimiento es compatible con la inexistencia de lesiones [...]» (p. 74);

*xix)* «Todo ello ilustra del modo en que se hicieron las prácticas sexuales por los procesados, además de sin preservativos, como todos ellos reconocen, de forma desaforada, con perceptible exceso y omisión de toda consideración para la denunciante» (p. 82);

*x)* [Acerca del robo del móvil de la denunciante por parte de unos de los procesados] «Destacamos la relevancia de esta acción, más allá del “simple hurto por avaricia” que le atribuye el procesado; en efecto, dada su condición de guardia civil, por tanto con especial formación en la investigación de delitos, sabía o podía conocer, que sustrayendo el teléfono, del que retiró las tarjetas, impedía la reacción inmediata de la denunciante, quien no conocía la ciudad, a la que había llegado en compañía de un amigo, y las posibilidades de pedir ayuda o contactar con cualquier persona» (p. 83).

Pues bien, después de la descripción de estos hechos y la valoración de los mismos por parte del tribunal, en el apartado cuarto de los fundamentos jurídicos se adentra en la calificación penal de los mismos (p. 94) y declara: «Las acusaciones no han probado el empleo de un medio físico para doblegar la voluntad de la denunciante, que con arreglo a la doctrina jurisprudencial implica una agresión real más o menos violenta, o por medios de golpes, empujones, desgarros; es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la denunciante y obligarle a realizar actos de naturaleza sexual, integrando de este modo la violencia como elemento normativo del tipo de agresión sexual» (p. 96). Y concluye sobre este aspecto del caso que, al descartar el empleo por los acusados de violencia o intimidación, «[...] razonamos sobre la concurrencia de todos los elementos que conforman el tipo tanto objetivo como subjetivo de abuso sexual con prevalimiento, en el tipo agravado por acceso carnal [...]» (p. 109).

La incoherencia de este pasaje de la sentencia deriva, entre otros aspectos, de la enorme dificultad que supone desvincular la descripción de los hechos probados y evaluados por el tribunal de toda connotación violenta o intimidatoria: cinco hombres de fuerte complejión frente a una mujer de 18 años en el reducido cubículo del portal de una vivienda a altas horas de la noche; actitud pasiva, sumisa y en ningún caso participativa de la mujer; estiramiento de los cabellos de la mujer; posterior abandono de la denunciante en el lugar de los hechos; reconocimiento expreso por parte de los procesados a través de las redes sociales del placer sexual obtenido, etc.

La Audiencia Provincial de Navarra no explica con un mínimo de solidez argumentativa que el cúmulo de hechos probados permita excluir la violencia —o, cuando menos, la intimidación—, y que, por el contrario, los hechos sean constitutivos del tipo penal de abuso sexual por el que finalmente opta en su calificación.

Además, la conclusión resulta asimismo incoherente porque reconoce que en los hechos concurre una situación de prevalimiento que, de acuerdo con la jurisprudencia citada (por todas las SSTs 1518/2001 y 132/2016). exige: *i*) una situación de superioridad, que ha de ser manifiesta; *ii*) que esa situación influya, coartándola, en la libertad de la víctima; y *iii*) que el agente del hecho, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalga de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, en la relación sexual. Según el relato de hechos probados, la situación de superioridad de los procesados, manifestada por su superioridad numérica y concretada en actos sobre la vestimenta y el cuerpo de la denunciante, no tenía otro objetivo que obtener una relación sexual no consentida mediante, como mínimo, la intimidación, que es un requisito suficiente para la comisión del tipo básico de agresión sexual (art. 178 CP).

### 3. ACERCA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS JUECES EN LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL, INCLUSO CUANDO EMITEN UN VOTO PARTICULAR

Anteriormente se ha hecho referencia a la *singularidad* del voto particular emitido por el magistrado discrepante de la sentencia acordada por la mayoría. Esta singularidad tiene una triple dimensión: *formal*, dada su desmesurada extensión; *estructural*, en la medida en que el autor no solo expresa su legítimo disenso, sino que reproduce la sentencia que, al parecer, le hubiera agradado emitir; y *material*, debido a que en algunas argumentaciones empleadas por el magistrado, asumiendo una función que no le corresponde, se convierte en una especie de perito *ad hoc* cuyas tesis semejan, por su contenido, un panfleto de sexología y, en todo caso, se sitúan en las antípodas de una exposición sobria sobre de la valoración de los elementos de prueba de cargo expuestos por la mayoría del tribunal.

La razón de que en este texto dediquemos un apartado específico a la libertad de expresión de los jueces se justifica por la necesidad de determinar si, cuando ejerce actividad ju-

risdiccional, el derecho a la libre expresión del juez puede justificar que un voto particular contenga argumentos como los que ahora se reproducen.

En su voto particular frente a la posición de la mayoría del tribunal, el magistrado discrepante —para quien, a lo largo del acceso carnal del que fue objeto por los cinco procesados, la víctima se encontraba en una actitud pasiva, con los ojos permanentemente cerrados, sin mostrar goce alguno y sometida contra su voluntad a lo que estos individuos quisiesen hacer—, vierte afirmaciones del siguiente tenor:

«De mayor relevancia me parece el hecho de que, en ninguna de las imágenes percibo en su expresión, ni en sus movimientos, atisbo alguno de oposición, rechazo, disgusto, asco, repugnancia, negativa, incomodidad, sufrimiento, dolor, miedo, descontento, desconcierto o cualquier otro sentimiento similar. La expresión de su rostro es en todo momento relajada y distendida y, precisamente por eso, incompatible a mi juicio con cualquier sentimiento de miedo, temor, rechazo o negativa. Tampoco aprecio en ella esa “ausencia y embotamiento de sus facultades superiores” que se afirma por la mayoría de la Sala; por el contrario, lo que sugieren los gestos, expresiones y los sonidos que emite es excitación sexual. No concluyo que esta apreciación haya de suponer necesariamente una relación sexual consentida, **pues no es descartable que durante una relación sexual no consentida pueda llegar a sentirse y expresarse una excitación sexual meramente física en algún momento**, pero sí que la falta de consentimiento no está patente ni en las expresiones, ni en los sonidos ni en las actitudes que observo en los videos por lo que a la mujer respecta» (p. 245).

Y sigue:

«[...] La ausencia de violencia, fuerza o coacción es, además, absoluta. Cuando alguno de los acusados apoya las manos en las caderas de ella, o le sostiene la cabeza o apoya el brazo sobre sus hombros [...] no puedo interpretar que la estén “sujetando” de las caderas, “rodeándole” la cabeza o el cuello o “agarrándola del pelo”, [hechos que la mayoría del tribunal consideró probados] porque lo único que me sugieren las imágenes son gestos acordes con la práctica sexual en la que se integran y sin presión alguna [...]» (p. 248).

El relato del magistrado abunda *in extenso* en argumentaciones similares a las citadas, que por razones de economía expositiva procede soslayar. No obstante, dando por sentada la legitimidad del disenso judicial formulado por el magistrado, la perplejidad que provoca su contenido incita a una breve reflexión sobre: *i*) el sentido de la figura del voto particular en un resolución jurisdiccional; *ii*) la razón (o la sinrazón) que puede explicar que un disenso judicial de este contenido pueda todavía tener cabida en una resolución emitida por el sistema judicial español; y, finalmente, *iii*) la hipótesis de que la forma de expresar el desacuerdo con la mayoría en este caso pueda considerarse una manifestación de la libertad de expresión del juez y los argumentos que, en su caso, cabe oponer para rechazar dicha tesis.

### 3.1. EL SENTIDO DEL VOTO PARTICULAR

En relación con la primera cuestión, en los países en los que el voto particular está reconocido —tal es el caso de España—, la justificación de su existencia se basa en la garantía del interés público, de tal manera que se hace necesario primar la responsabilidad del juez y facilitar medios de control de su actividad la sociedad. El cumplimiento de este objetivo

no erosiona la autoridad del tribunal: la observancia de esos requisitos, por el contrario, garantiza la *auctoritas* del órgano jurisdiccional (Ezquiaga Ganuzas, 1990: 144).

Claro es que, en la expresión de su disenso, el juez discrepante —valga la expresión— debe huir como de la peste de que su voto sea una vía de escape para expresar sus convicciones ideológicas, políticas y, por supuesto, sus demonios o deficiencias personales. Son especialmente ilustrativas, al respecto, las consideraciones generales pronunciadas en su día por el *justice* del Tribunal Supremo de EE.UU., Félix Frankfurter, en el caso *West Virginia Board of Education vs. Barnette*, 319 U.S 624 (1943), nº 591, sobre la inconstitucionalidad de la obligación escolar de saludar a la bandera; el juez, que disintió de la opinión mayoritaria, sostuvo: «[...] cuando se ejercen funciones jurisdiccionales, se deben dejar aparte las propias opiniones sobre las virtudes o los vicios de una determinada ley. La única cosa que debe tomarse en consideración es si el legislador pudo razonablemente dictar tal ley» (citado por Zagrebelsky, 2008: 82).

### 3.2. LA SELECCIÓN DE JUECES

Pues bien, a esta alturas y después de cuarenta años de vigencia de un sistema constitucional democrático en España, ¿cómo es posible que un miembro del poder judicial pueda expresar su disenso con un contenido de esta naturaleza?

Tomando como referencia el parámetro constitucional de los principios de independencia y responsabilidad (art. 117.1 CE), cabe interrogarse sobre el perfil de juez que prefigura la Constitución y la regulación legal de su estatuto jurídico en relación con la cuestión específica del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión por estos servidores públicos. A este respecto, no hay que olvidar que la amplitud y la efectividad de aquellos principios están estrechamente conectadas con las características particulares de la organización judicial, que en gran medida son tributarias del tipo de reclutamiento de los miembros de la carrera judicial (Guarnieri y Pederzoli, 1999: 46), que ha de coadyuvar a la determinación de un perfil de juez.

Dado que los jueces están habilitados por la Constitución para decidir sobre la libertad y el patrimonio de las personas, procede hacer algunas consideraciones críticas sobre el sistema vigente de selección de jueces en España. El poder que ejercen —es decir, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado de acuerdo con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico— constituye una de las garantías del Estado de Derecho. Es un poder cuya importancia es decisiva tanto para salvaguardar los derechos de las personas como para preservar la credibilidad institucional del Estado democrático. Del poder judicial se esperan muchas tareas: entre otras, que defienda la libertad de las personas y que proteja frente a los abusos de los poderes públicos, que condene la acción delictiva, que promueva la igualdad entre los individuos, etc.

Esta reducida pero significativa muestra de las atribuciones de los jueces y tribunales pone de relieve la importancia de formación de los jueces. Porque el poder de que disponen es muy importante, pero no es un poder «suyo», sino que emana del pueblo, y han de ejercerlo conforme a la Constitución y a la ley con independencia y responsabilidad.

El contenido del voto particular emitido por el magistrado discrepante en el caso que nos ocupa queda extramuros de estos mandatos constitucionales.

Los criterios de selección para acceder a la Judicatura constituyen un factor decisivo para que el funcionamiento del poder judicial se adecue a las exigencias del Estado democrático contemporáneo, en el que la jurisdicción ordinaria es la sede natural para la tutela de los derechos y libertades y la idea de servicio público ha de presidir la actividad de sus miembros. Máxime cuando, como en el caso del modelo continental juez, el cargo se ejerce con carácter vitalicio.

Pues bien, aparte de los turnos de juristas, no parece que el sistema estándar de selección de los futuros jueces actualmente vigente —las pruebas selectivas para el acceso a la Escuela Judicial— sea el mejor. Se trata, incluso, de una modalidad mal acomodada a las exigencias del Estado democrático moderno. Más allá de que deba reconocerse que en el panorama de la Judicatura española abundan jueces excelentes, el actual sistema de selección propicia un perfil del juez memorizador del ordenamiento, encorsetado en el muy limitado esquema del silogismo interpretativo del Derecho positivo y alejado de un modelo de juez que, sin perjuicio del preceptivo conocimiento del ordenamiento vigente, demuestre —sobre todo— su capacidad para interpretar con solvencia las normas aplicables al caso concreto, es decir, un tipo de juez cuyo primer y mejor atributo sea su competencia para razonar de acuerdo con las reglas de la interpretación jurídica y que, en todo caso, eluda la sublimación del conocimiento de las normas como su única razón de ser para enmascarar su escasa aptitud en el manejo de las pautas hermenéuticas de la lógica jurídica. Se trata de impedir el afianzamiento de un perfil de juez proclive al automatismo y la rigidez interpretativa, causas ambas del dictado de sentencias de deficiente calidad técnica y, en ocasiones, carentes de un mínimo sentido de la ponderación de los intereses en conflicto, cuando no de decisiones caprichosas y, en consecuencia, arbitrarias.

La modalidad de selección de jueces que motiva esta reflexión es la de la oposición libre. Su preparación exige, como no puede ser de otra manera, un considerable esfuerzo de los opositores, un esfuerzo que dura unos años, que habitualmente son los inmediatamente posteriores a la obtención del grado en Derecho. Se trata de una preparación que ha de ser acreditada en dos ejercicios orales en los que el opositor expone los temas que le han tocado por sorteo ante un tribunal de composición jurídica muy plural. Sin duda, la diversidad de los miembros del tribunal, basada en su procedencia profesional (magistrados, profesores de universidad, fiscales, abogados del Estado, abogados en ejercicio, etcétera), es positiva. No lo es, sin embargo, el hecho de que el tribunal no pueda verificar los conocimientos de las reglas de la lógica jurídica del opositor en relación, por ejemplo, con un caso concreto. Es decir, la oposición carece de ejercicios de naturaleza contenciosa en los que el candidato demuestre *también* su capacidad de razonamiento jurídico. Y, sin embargo, este tipo de prueba, que probablemente tendría que realizarse entre los dos ejercicios de exposición oral, debería tener carácter decisorio y eliminatorio. De esta forma, el tribunal podría hacerse una idea más cabal de las facultades jurídicas del futuro juez.

Asimismo, y tal como tiempo atrás propuso el Consejo General del Poder Judicial en el Libro Blanco de la Justicia (1997), no sería inconveniente la previsión de una prueba

introdutoria que permitiera evaluar con carácter eliminatorio el nivel de cultura jurídica general del opositor. Tampoco lo sería que, con las debidas garantías de todo orden, se introdujese previamente algún tipo de evaluación psicológica para ejercer una función pública que, al igual que otras, demanda una especial dosis de ponderación. La libertad y el patrimonio de las personas no pueden quedar al albur de la subjetividad del juzgador.

Ciertamente, este planteamiento sobre la selección de los jueces se basa en un modelo de Judicatura en el que prime la formación contenciosa y la capacidad de razonamiento. Ello supone, sin duda, un cambio en la lógica de la preparación de la oposición, que exigiría tanto del opositor como también —¡no se olvide!— de su preparador una reconversión de su comportamiento ante el proceso de selección. En este sentido, un buen conocimiento de las líneas esenciales de la jurisprudencia constitucional, así como de las del Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, debería ser un objetivo indeclinable. Objetivo que, desde luego, ha de empezar a construirse ya en los estudios de grado.

Todo ello sin perjuicio, también, de la imprescindible formación que posteriormente adquiera en la Escuela Judicial, ámbito docente donde el opositor sigue siendo —no se olvide— un opositor, un alumno en prácticas que puede aprobar, pero también suspender, y no un juez, a pesar de que reciba un salario con cargo al erario público. La Escuela Judicial ha de ser el marco en el que la formación contenciosa y el estudio del caso con la colaboración de juristas de procedencia profesional diversificada debe adquirir su mayor y mejor nivel.

Se trata, en definitiva, de proporcionar a la sociedad un perfil de juez que privilegie la facultad de razonar, que incentive su implicación con el Estado democrático y, por tanto, que se aleje del juez-sacerdote imbuido de infalibilidad jurídica y autoinvestido de supuestas virtudes morales, o del que concibe el juzgado como un predio personal.

### 3.3. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DEL JUEZ EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Con carácter general, sin prejuzgar ahora el ámbito en el que el juez puede ejercer el derecho fundamental reconocido en el artículo 20.1.a) CE, el punto de partida para determinar los límites a la libertad de expresión de los jueces y magistrados son los principios constitucionales de independencia y responsabilidad (art. 117. 1 CE). De hecho, como recuerda el Tribunal de Estrasburgo, el ejercicio de la libertad de expresión puede verse limitado «para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial» (STE-DH, *Obershlick vs. Austria*, de 26 de abril de 1995). Del modo en que el juez articule la conexión entre su libertad de expresión y el principio de independencia dependerá que su legitimidad de origen sea compatible con la legitimidad de ejercicio como servidor público.

El criterio general que ha de presidir sus actuaciones jurisdiccionales es que el juez ha de prescindir de todo aquello que no coadyuve a una racional fundamentación jurídica. Así, es absolutamente innecesario —y evitable— caer en la tentación de emitir juicios de valor gratuitos o superfluos sobre la norma aplicable al caso, incorporando observaciones de oportunidad al respecto, o aprovechar la emisión de un voto particular para explayarse en

consideraciones subjetivas que no tienen relación causal con la sentencia de la que disiente. Incluso, lo que resulte prescindible en la argumentación llevada a cabo por el juez podrá, en su caso, dar lugar a responsabilidad jurídica ya sea disciplinaria o aun de otro orden. En este marco hay que situar, por ejemplo, el comportamiento del juez que descalifica la ley aplicable al caso en términos de reserva moral, ideológica o religiosa sobre su contenido, los supuestos en los que el juez injurie o menosprecie a un procesado o a su abogado, o en los que pretenda complementar su función jurisdiccional con la de perito, como en el caso del voto particular de la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra sobre la que versa este estudio.

Siguiendo con estas consideraciones generales, cabe señalar que, en una sociedad abierta, la titularidad de la libertad de expresión no consiente diferencias subjetivas. En principio, los jueces también son sujetos titulares de la libre expresión. La Constitución no establece ninguna exclusión relativa a la titularidad de los derechos fundamentales reconocidos mediante una formulación impersonal en el art. 20.1 a) y d), por lo que los miembros del poder judicial, con los ineludibles condicionamientos derivados de su especial estatuto profesional y de las obligaciones de discreción y reserva que el mismo conlleva (Fernández Martínez, 2006: 146), se encuentran en una situación de paridad con el resto de las personas en lo que respecta a la titularidad de ambos derechos fundamentales.

Como punto de partida, el hecho de que los jueces manifiesten sus opiniones a través de las diversas vías que ofrece hoy la comunicación pública no es una circunstancia que, en sí misma, constituya un contrasentido ni una disfunción del cometido que les atribuye la Constitución: aplicar y hacer cumplir la Constitución y las leyes. La libertad de expresión de los jueces es una consecuencia directa de su libertad ideológica (art. 16.1 CE), que siempre será innegable, más allá de que tengan vetada la afiliación a partidos políticos y sindicatos (art. 127.1 CE). Su condición de actores sociales conlleva, como en el caso de cualesquiera otros, la asunción de valores y principios que son tributarios de su entorno político-cultural y de su formación general y profesional. Ignorar esta circunstancia a partir de la asunción de una suerte de concepción «sacerdotal» del juez no deja de constituir una apología del juez ideológico, como también lo es la pretensión de que, encerrado en la pureza de su torre de marfil, el juez se mantenga totalmente al margen de la controversia social.

Ahora bien, que el juez independiente, responsable y, por tanto, imparcial no sea un sujeto enclaustrado en un compartimento estanco y ajeno al entorno social no significa que sea un actor implicado activamente en el devenir del contexto social que le rodea. Dada su condición de miembro del poder del Estado encargado de aplicar la ley, es evidente la necesidad de que mantenga una actitud distanciada respecto al contexto y los avatares que rodean su función jurisdiccional y su posición como juez en la sociedad. Sea cual fuere su ideología y sus concepciones políticas, es preciso plantear si, en una sociedad abierta regida por las reglas de un Estado de Derecho, el poder judicial puede consentir un juez involucrado en la controversia política y social a través del ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de expresión. Si el juez está ejerciendo funciones jurisdiccionales, la respuesta debe ser negativa.

En el ámbito de la actividad de carácter jurisdiccional, el juez representa al Estado y de él solo cabe esperar la exteriorización de los argumentos jurídicos que sustentan su resolución. El juez interpreta el Derecho de acuerdo con las reglas jurídicas que son la base de su independencia. En ningún caso puede emitir juicios de valor o de oportunidad ni expresar pensamientos o ideología sobre contexto que rodea al caso sometido a su juicio. Lo cual, por supuesto, no significa que como ciudadano sea un ser aislado del contexto social.

La Judicatura no puede ser entendida como un ámbito institucional cuyos miembros queden extramuros del contexto social y político. Por supuesto, no se trata de una especie sacerdocio, como desde ciertos ámbitos autocalificados como «profesionales» pretende retratarse al servidor público encargado de la función jurisdiccional. Pero la ideología que tiene todo juez, y de la que, desde luego, no está excluido aquel que niega tenerla y se autoatribuye una impostada asepsia, no podrá ser un obstáculo para que, en el ejercicio de la función jurisdiccional, el juez esté siempre sujeto a los principios de constitucionalidad y legalidad, principios que le imponen resolver los conflictos jurídicos de acuerdo con las reglas del Derecho. Esta es la base de su independencia y de su responsabilidad. Y, sin duda, de ella depende el crédito institucional del Estado.

Partiendo de esta premisa, cuando el juez en el ámbito de la actividad jurisdiccional se manifiesta a través de sus intervenciones verbales y resoluciones jurisdiccionales, ¿también está ejerciendo su derecho a la libertad de expresión? La respuesta no puede ser afirmativa, a no ser que confundamos el sentido de la función que la Constitución le atribuye: administrar justicia (art. 117.1 CE). En efecto, la respuesta no puede ser afirmativa porque el cometido —y el deber— del juez en el ámbito jurisdiccional no es expresar sus opiniones sobre tal o cual cuestión sometida a su enjuiciamiento, sino asegurar, en nombre del Estado, el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de todas las personas (art. 24.1 CE) y —como en el caso de la sentencia de La Manada— garantizar el derecho a la presunción de inocencia de los procesados. Y ello de acuerdo con la Constitución y la ley, que es el terreno en el que, con base en el principio de independencia, dispone de libertad para interpretar su aplicación —o, si se quiere, de libertad para expresarse, pero solo jurídicamente—.

Por tanto, cuando el juez desempeña funciones jurisdiccionales no está ejerciendo su derecho a la libertad de expresión: lo que hace es cumplir su función pública jurisdiccional. En este contexto, el juez no es portador de una voluntad propia sino que es transmisor de una voluntad ajena: la voluntad del Estado (De Otto Pardo, 2010: 1293-1295) a través de la aplicación de la ley y del resto del ordenamiento (Carrillo, 2015: 22).

Además del impedimento de opinar en cualquier resolución judicial motivada (auto o sentencia), el deber de reserva se concreta en la necesidad de limitar la libertad de expresión de los jueces para opinar sobre la causa de la que están conociendo; ello conlleva el deber de abstenerse de entrar en cualquier debate sobre el objeto o las partes del proceso, que viene exigido por el valor superior de garantizar el crédito social de la Justicia (Jiménez Asensio, 2002: 127-128).

Por otra parte, resulta obvio que la crítica *ad intra* de las decisiones judiciales es una garantía para la calidad del sistema judicial, siempre que se manifieste en una resolución judicial recaída en el marco del sistema de recursos. En este sentido, nada obsta para que



una sentencia de apelación o de casación pueda ser especialmente crítica con la fundamentación del órgano inferior. Asimismo, los votos particulares pueden hacer lo propio respecto de la posición adoptada por la mayoría. Como parte integrante de la resolución judicial, conforman el necesario diálogo interno que debe producirse en el seno de los órganos colegiados y dotan de una mayor legitimidad al poder judicial. En todo caso, la confianza de la sociedad en la labor del juez ha de pivotar, por encima de cualquier otra consideración, en la racionalidad de sus decisiones (Atienza, 1999: 438).

#### 4. LOS JUICIOS PARALELOS Y LA CUESTIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

En la sentencia de La Manada aparece una referencia a los llamados juicios paralelos. En la fase de cuestiones previas, el letrado de la defensa de uno de los procesados (fundamentos de derecho, apartado primero) planteó la cuestión de una posible vulneración de los derechos fundamentales en la instrucción del caso, concretamente la vulneración de la presunción de inocencia, del derecho a un juicio público (*sic*) y de la tutela judicial efectiva.

Mediante tal alegación instaba al tribunal a tomar en consideración la posible contaminación de testigos y peritos a la hora de valorar la prueba. A tal fin, aportó documentación relativa a las publicaciones de un medio de comunicación, así como el resultado de sus búsquedas en Google, argumentando que «se estaba realizando un juicio paralelo y que ello podía incidir en los testigos» (p. 22).

Con criterio acertado, y en una decisión tomada por mayoría, el tribunal rechazó la incorporación a los autos de la documentación mediática aportada por el letrado, argumentando, a propósito de la presunta vulneración de aquellos derechos en la fase de instrucción, que lo que había planteado el letrado rebasaba el ámbito propio de cuanto es susceptible de valoración en el trámite de las cuestiones previas y remitiéndose a lo argumentado de forma oral en la vista judicial. En la fundamentación jurídica de la decisión, la sentencia no hace referencia en momento alguno a los juicios paralelos sobre el caso. Por el contrario, el voto particular, en la misma línea que la defensa de unos de los procesados, se exploya al respecto con cita de la STS 854/2010, de 29 de septiembre.

##### 4.1. LOS JUICIOS PARALELOS

Pues bien, el contexto en el que se desarrollan algunos procesos penales ha puesto de relieve la importancia de un hecho no tipificado en norma alguna, pero que no deja de ser la expresión de una realidad presente en la vida pública española. Se trata de la llamada *pena de banquillo*, considerada así por el posible carácter irreparable de la lesión producida en el crédito social que, según las circunstancias, puede suponer para una persona el hecho de acudir ante un juez para declarar como investigado o incluso simplemente como testigo. La «lógica» de la citada pena es la siguiente: dado que seguramente los medios de comunicación han mostrado la imagen de la persona afectada y que han analizado y comentado de

determinada manera las razones de su comparecencia judicial, el mero hecho de que tenga que acudir a un acto procesal ante un órgano jurisdiccional es ya una condena social implícita —el juicio paralelo—, aun cuando la ulterior resolución judicial pueda ser absolutoria.

Como consideración general y, por supuesto, más allá del tratamiento informativo de los hechos por los que fueron condenados los cinco miembros de La Manada, también autodenominados «los disfrutones», el juicio paralelo, noción ya incorporada al léxico coloquial, se produce como consecuencia de una patología social. Como tal, consiste en un ejercicio espurio del derecho a comunicar información (art. 20.1.d) CE) que hace abstracción de las reglas deontológicas elementales y del deber de generar y difundir información con diligencia —esto es, de la debida ética profesional, que conlleva el obligado contraste de la noticia, como así lo ha interpretado la jurisprudencia constitucional (STC 6/1988)— e ignora absolutamente el derecho de toda persona que comparece ante la jurisdicción penal a la presunción de inocencia, derecho que ha de ser garantizado por los jueces y tribunales (art. 24.2 CE) y no por los medios de comunicación.

Cabe convenir en que, para que se produzca la anomalía que supone el juicio paralelo, es preciso que se haya iniciado un proceso judicial, que la información y la expresiones difundidas por los medios adelanten de alguna forma la culpabilidad o la inocencia del procesado —incitando a la opinión pública a pronunciarse en un sentido u otro a través de la práctica una acción informativa de naturaleza manipuladora— y, finalmente, que con este actuar se pretenda ejercer una presión sobre la independencia de los órganos del poder judicial, de tal manera que el lector o el espectador perciban que la resolución judicial tendrá el sentido predeterminado por el medio de comunicación.

La constatación de la existencia de este modo de informar sobre los procesos judiciales ha llegado incluso al extremo de la denuncia de la complicidad entre magistrados y medios de comunicación en algunos procesos, especialmente en lo que concierne al adecuado mantenimiento del secreto sumarial. Ambas cuestiones requieren de una profunda reflexión, dado que el respeto al derecho a un proceso debido, en especial del derecho a la presunción de inocencia (art. 24. 2 CE) y la ética profesional en el ejercicio del derecho a comunicar información (art. 20.1.d) CE), son dos señas de identidad irrenunciables del Estado democrático y un baremo de la calidad democrática de sus instituciones.

Empezando por el ejercicio del derecho a informar sobre procesos judiciales, hay que advertir de inmediato que el enjuiciamiento de las acciones presuntamente punibles o sancionables de una persona no faculta a los medios para hacer tabla rasa de su dignidad y sus derechos fundamentales, en especial de los derechos de la personalidad (art. 18.1 CE). El hecho de que una persona comparezca como testigo o investigado en ningún caso legitima la intromisión indiscriminada en su intimidad, su honor o su imagen —incluso, por supuesto, cuando los indicios racionales de responsabilidad criminal preexistentes concluyan con una sentencia condenatoria—. Todo ello no es obstáculo para que, en el ejercicio de la libertad de información (art. 20.1.d) CE), los hechos que han motivado el dictado de una sentencia condenatoria puedan ser duramente valorados.

En todo caso, en el contexto de un procedimiento judicial, los derechos relacionados con la tutela judicial (entre otros, el derecho a ser informado de la acusación formulada y la

presunción de inocencia) nunca pueden ser obviados por quien informa o expresa su opinión sobre el desarrollo del proceso. Tanto en la información que difundan sobre la causa judicial como en los debates que puedan organizar sobre un caso que suscite el interés público, los medio de comunicación nunca puede pretender sustituir a la decisión judicial.

El proceso judicial no puede ser un cheque en blanco para que el medio de comunicación lo convierta en pasto para divulgar información sensacionalista, es decir, aquella que se caracteriza por difusión de hechos, reales o supuestos, carentes de relevancia procesal y de una mínima y racional relación causal con los hechos juzgados, pero que alimentan el llamado amarillismo informativo propio de los tabloides británicos y alemanes —al que, por cierto, no son ajenos determinados medios de comunicación españoles, ya sean escritos o audiovisuales—. El contenido de ciertos programas de televisión y la superficial cobertura informativa (por otra parte, muy poco precisa desde el punto de vista jurídico) de algunos procesos realizada por determinados medios escritos se inscribe flagrantemente en esta manera espuria de ejercer el derecho fundamental a informar.

Ciertamente, y como afirma el Tribunal Constitucional, los derechos de la personalidad gozan de un nivel de tutela atenuado cuando la información versa sobre un objeto de indiscutible interés general o afecta a personas célebres en razón de su oficio o de la función pública que ejercen (STC 165/87), pero aun en estos supuestos queda fuera de toda discusión que la dignidad (art. 10.1 CE) de las personas comparecientes, sea cual sea la calidad en la que lo hagan, ha de quedar a salvo; su situación procesal no puede convertir el proceso judicial en un espectáculo al servicio de la truculencia informativa como objetivo instrumental de otros fines, entre ellos el incremento de los índices de audiencia o la funcionalidad política de lo que se difunde, sea o no fruto de una información diligente, es decir, obtenida con buena fe (STC 6/88 y 129/2001, entre otras).

La otra gran cuestión se refiere al procedimiento judicial y, en especial, al uso del secreto sumarial en su instrucción. En ocasiones, los términos legales que configuran el secreto de las actuaciones no son respetados ni por las partes ni, incluso, por algún juez instructor o por el fiscal del caso. Es este un hecho muy grave, dado que altera el derecho a la tutela judicial en beneficio de la instrumentalización del proceso por una de las partes actoras, con el apoyo adicional de algunas cadenas de televisión en los programas de «debate».

Esta gravedad se acrecienta cuando quien viola el secreto es una persona adscrita a la Administración de Justicia, dado que, como es sabido, en el marco de principio constitucional de publicidad (art. 120 CE), la excepción que supone el deber de secreto sumarial se proyecta sobre los propios actos que componen el procedimiento, no sobre los hechos que están siendo investigados por el juez, que pueden ser objeto de información si esta —eso sí— ha sido obtenida a través de un cauce legal (STC 13/85). Si esto último no ocurre, o si el medio de comunicación recibe datos del sumario de alguien que está obligado impedir su conocimiento general, se crea un grave problema que merma la credibilidad del poder judicial. Y lo mismo ocurre cuando las opiniones del juez se reflejan en la prensa con mayor frecuencia que en sus resoluciones judiciales. También aquí se constata otro *déficit*, el *jurisdiccional*, que contrasta con la discreción y el sentido de la función pública de la gran mayoría de los miembros de la carrera judicial.

Llegados a este punto, cabe subrayar que esta patología informativa —los llamados juicios paralelos— plantea diversas cuestiones de relevancia constitucional. De todas ellas, es preciso destacar tres. En primer lugar, el uso inadecuado del derecho a comunicar información con clara infracción no solo de normas deontológicas, sino también de las reglas que la jurisprudencia constitucional ha establecido —y que los profesionales de la información no pueden ignorar— para resolver los conflictos que pueden producirse entre el derecho a comunicar información (art. 20.1.d) CE) y la libertad de expresión (20.1.a) CE), por un lado, y los derechos de la personalidad por otro (art. 18.1 CE). En segundo lugar, el uso inapropiado de la información sobre un proceso judicial que menosprecie los derechos de la personalidad puede poner en cuestión el derecho a la presunción de inocencia del procesado —parte integrante del derecho a la tutela judicial—, que solo a los jueces y tribunales corresponde tutelar. En tercer lugar, el uso improcedente o espurio de la información también puede erosionar el principio de independencia judicial si eventualmente logra constreñir al juez o condicionar el curso del proceso (art. 117.1 CE) (Carrillo, 2017: 58-61).

## 4.2. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A lo largo del proceso judicial, el derecho a la presunción de inocencia ha sido invocado tanto por la defensa de los procesados como, en un contexto distinto, por algunos medios de comunicación.

Es una realidad constatada que esta garantía procesal integrada en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE), es a menudo invocado retórica y reiteradamente en algunos medios de comunicación que, sin embargo, y sin solución de continuidad, hacen completa abstracción de su significado constitucional y lo vulneran. Como máximo, la fórmula recurrente que acostumbra a emplearse para referirse a una persona investigada es la de «presunto» autor de una acción antijurídica; sin embargo, acto seguido algunos medios hacen una descripción valorativa de los hechos en sentido condenatorio o absolutorio, en ambos casos carente de argumentos sólidos.

El derecho a la presunción de inocencia en el proceso penal establece que la carga de la prueba siempre corresponde a la acusación. Se trata de una presunción *iuris tantum* y, por tanto, admite prueba en contrario. En consecuencia, la persona imputada por un delito es inocente hasta que se aporten pruebas suficientes de su culpabilidad, unas pruebas que deben ser obtenidas legalmente: el acceso a las mismas no puede quedar viciado por una lesión de la legalidad. Se trata de un límite insuperable cuya contravención puede provocar la nulidad de la decisión judicial.

En todo caso, el derecho a la presunción de inocencia es únicamente exigible ante los órganos judiciales, no ante los medios de comunicación. Si la expresión o la información difundidas lo vulneran, el derecho fundamental lesionado por el medio es cualquiera de los derechos de la personalidad del artículo 18.1 CE, y el particular afectado podrá impetrar su protección ante la jurisdicción competente.

¿Cuándo se entiende que ha quedado acreditada la culpabilidad? De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, es preciso que se produzca una doble condición: que se

haya practicado una actividad probatoria de acuerdo con la solicitud del acusador, y que el resultado pueda ser razonablemente valorado con carácter inculpatario para el acusado (STC 155/2002). Como es bien sabido, la inculpación puede ser también constitucionalmente obtenida a través de la prueba indiciaria, siempre que los indicios se basen en hechos probados directamente, que entre los indicios y las consecuencias que de ellos se extraigan haya una vinculación precisa y directa y que el juzgador satisfaga debidamente los requisitos anteriores en su decisión (SSTC 85/1999 y 117/2000) (Montañés Pardo y Sánchez Tomás, 2009, pp. 685-701).

En un orden distinto a la práctica de la prueba en un procedimiento judicial, el límite del respeto a la legalidad también se extiende a la información sobre el caso que está siendo enjuiciado obtenida por un profesional si este la consigue mediante métodos que infrinjan el ordenamiento jurídico. En efecto, se trata de un límite de especial relevancia para el periodista, al que la Constitución le reconoce el derecho al secreto profesional, en virtud del cual queda habilitado para no desvelar las fuentes de la información difundida. Sin perjuicio de la inexistencia de una ley orgánica de desarrollo del régimen jurídico de este derecho integrado en el derecho fundamental a comunicar información veraz (art. 20.1.d) CE) — en concreto, de sus límites—, su exigibilidad jurídica ante los poderes públicos, en especial ante el poder judicial, es indiscutible. Es una consecuencia de la condición normativa de la Constitución. Ahora bien, es evidente que el secreto profesional no es un derecho absoluto. No es una patente de corso a la que el periodista pueda acogerse en cualquier circunstancia.

Así, por ejemplo, no podrá invocarlo si la prueba que, por ejemplo, aporte como testigo en un juicio haya sido obtenida de manera irregular. En pura hipótesis, un supuesto claro de ello sería la prueba obtenida como consecuencia de la previa vulneración del secreto oficial que afecta a determinada materia declarada como tal por la autoridad competente de acuerdo con la legislación específica al respecto. Por el contrario, podría hacerlo respecto de la información obtenida en fase de secreto sumarial de un proceso judicial si, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional (desde el *leading case* de la STC 13/1985, caso *Ultima Hora*), aquella no afecta a las actuaciones judiciales y, por supuesto, ha sido obtenida legítimamente por el periodista.

Al respecto, resulta pertinente recordar los criterios generales de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre las obligaciones de los medios y de los periodistas en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión (art. 10 CEDH). El Tribunal de Estrasburgo pone especial énfasis en dos palabras contenidas en dicho precepto: «deberes y responsabilidades». La síntesis de esta jurisprudencia (Bustos Gisbert, 2016: 47-53) parte de la interpretación del Tribunal sobre los fundamentos de un periodismo responsable: «[...] actuar de buena fe, proveer de información adecuada y confiable, reflejar objetivamente las opiniones de quienes estén inmersos en un debate público y refrenarse de hacer puro sensacionalismo» (STEDH, Sala, de 28/5/2013, caso *Novaya Gazeta vs. Rusia*).

En la concreción jurisprudencial de este criterio, el Tribunal ha tenido en cuenta los siguientes extremos: *i*) la existencia de códigos deontológicos nacionales y de órganos de garantía a la hora de valorar si una información sobre actividades judiciales ha respetado o no los parámetros que conforman los deberes y obligaciones de los medios (STEDH,

Gran Sala, de 10 de diciembre de 2007, caso *Stoll vs. Suiza*); *ii*) la concurrencia de una base fáctica suficiente que sustente la información difundida (STEDH, de 24 de febrero de 1997, caso *De Haes y Gisels vs. Bélgica*); *iii*) que se trate de comentarios leales, esto es, de buena fe, de tal manera que el comentario esté conectado directamente con los hechos y que no sea desproporcionado en relación con la gravedad del mismo (STEDH de 21 de enero de 1997, caso *Worm vs. Austria*); *iv*) que la información sea adecuada y confiable y, por tanto, de calidad (STEDH, Gran Sala, de 17 de diciembre de 2004, caso *Mazare vs. Rumania*); *v*) el uso de las técnicas sensacionalistas se considera un incumplimiento de los deberes y responsabilidades de los profesionales de la información (STEDH, Gran Sala, de 10 de diciembre de 2007, caso *Stoll vs. Suiza*); y *vi*) la falta de espanto de la presunción de inocencia por parte de es un motivo justificado para calificar como suficiente y proporcionada la aplicación una sanción al medio en cuestión (STEDH, Sala, de 9 de abril de 2009, caso *A. vs. Noruega*).

Tomando como referencia estos presupuestos jurisprudenciales sobre el derecho a la información y la presunción de inocencia, cabe señalar que la preservación de ambos derechos comporta varias exigencias. En el caso de los medios de comunicación, la adecuación de su desempeño al deber jurídico de producir una información diligente exige que esta sea solvente, adecuada y de calidad. Para evitar el sensacionalismo, el requisito expuesto obliga a que la información sobre un proceso judicial no incurra en omisiones ineludibles o en la difusión de datos descontextualizados. En esta misma lógica de actuación profesional, los medios habrán de tener en cuenta tanto el interés público de la noticia judicial como la relevancia de la persona afectada, y ser bien conscientes de que los cargos públicos representativos y funcionarios que, junto a las personas de relevancia pública por razón de su profesión, están sometidos a un escrutinio público más riguroso que el que debe aplicarse a una persona anónima. En los programas informativos, también habrá tenerse en cuenta el tiempo transcurrido entre los hechos perseguibles judicialmente y los actos procesales ante la jurisdicción, en la medida en que el transcurso del tiempo contribuye a que la información esté más y mejor elaborada —y, por tanto, ser de mayor calidad— a fin de evitar consecuencias no deseables que rayen el juicio paralelo.

En lo que concierne a los poderes públicos, en primer lugar es exigible que aseguren el secreto de los documentos públicos e impidan filtraciones a los medios de comunicación. También es exigible que, con ocasión de un proceso judicial, no emitan declaraciones que puedan mediatizarlo y, especialmente, que se tomen en serio la figura del secreto del sumario, un límite al derecho a la información que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, no es sinónimo de un coto vedado a la información.

## 5. LOS JUICIOS PARALELOS Y LAS AUTORIDADES REGULADORAS DEL AUDIOVISUAL

Ya hemos visto *supra* que uno de los flexibles criterios establecidos por la jurisprudencia del TEDH es que debe tenerse en cuenta el contenido de los códigos deontológicos nacio-

nales y de órganos de garantía a la hora de valorar si una información relativa a actividades judiciales ha respetado o no los parámetros que conforman los deberes y obligaciones de los medios.

España ha sido pródiga en la creación de códigos de esta naturaleza (*El País* y otros medios de prensa escrita, el Colegio de Periodistas de Cataluña, la Federación de Asociaciones de la Prensa, así como entidades privadas de autorregulación informativa, por ejemplo el Consell de Premsa en Cataluña). Sin embargo, el resultado ha sido muy magro y decepcionante (el caso del tratamiento informativo del crimen de las niñas de Alcàsser, en 1992, fue un ejemplo lacerante). Por lo que hace las autoridades públicas reguladoras del audiovisual el balance es todavía peor. El itinerario legal del nonato Consejo Estatal de Medios Audiovisuales ha sido buena prueba de ello.

La patología que los llamados juicios paralelos ha puesto de manifiesto que no se trata de una cuestión que pueda resolverse exclusivamente a través de la represión judicial. Asumiendo la escasa eficacia mostrada por las fórmulas de autorregulación ensayadas, sin abandonar el ámbito jurídico, no deben menospreciarse las posibilidades que ofrecen al respecto las atribuciones que el ordenamiento otorga a las autoridades reguladoras del audiovisual, cuya actuación orientada a preservar la integridad de los derechos reconocidos en los artículos 18.1, 20.1. a) y d) y 24.2 CE siempre ha de ser previa a la que, en su caso, corresponda a la jurisdicción. Sin embargo, el ordenamiento jurídico español no ha llegado a configurar una autoridad de esta naturaleza como las existentes en otros estados de la Unión Europea.

En efecto, España sigue siendo una excepción en el ámbito de la Unión Europea, dado que carece de una autoridad reguladora del audiovisual de ámbito estatal que opere con criterios de independencia respecto al Parlamento y el Gobierno. La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual previó en su articulado la creación del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA), un organismo público concebido como autoridad independiente supervisora y reguladora de la actividad de los medios. Sus objetivos eran garantizar el libre ejercicio de la comunicación audiovisual en la radio, la televisión y los servicios conexos interactivos; la plena eficacia de los derechos y obligaciones, particularmente en todo lo referente a los menores; la transparencia y el pluralismo del sector de los medios audiovisuales y la independencia e imparcialidad del sector público estatal.

A pesar del tiempo transcurrido y de la ominosa excepción que suponía su inexistencia, esta autoridad no llegó a constituirse y sus funciones quedaron integradas en la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia, como ente macroregulador creado por la Ley 3/2013. Por si ello fuera poco, en su momento, el Partido Popular, entonces con responsabilidades de gobierno, sostuvo que el CEMA era innecesario porque incrementaba el gasto público y, además, se perfilaba como un órgano censor. Conclusión: el mejor Consejo es el que no existe.

La decisión de prescindir de este ente regulador no fue irrelevante. Lo que estaba y está en juego no es algo precisamente banal, ya que de lo que se trata es de garantizar los derechos del público y del modo en que se articule esa protección depende la calidad de-

mocrática de un país que, como es obvio, no se cifra solo en votar cada cuatro años, sino también —por poner algún ejemplo— en el aprecio mostrado a diario por los representantes democráticos a las instituciones y el prestigio de los medios de comunicación, basado en el pluralismo y en la función crítica que les corresponde.

En este sentido, si lo que caracteriza a la tarea de los medios, en especial a la de la televisión, es informar, formar y entretener, estas actividades no pueden ejercerse extramuros de la Constitución. Su respeto comporta: separar la opinión de la información, comunicar información de forma diligente, asegurar el pluralismo en todos sus ámbitos, garantizar los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen en los procesos judiciales, preservar los derechos específicos de sectores sociales en situación de especial vulnerabilidad, como es el caso de los menores, etc. La información que ofrezcan los medios audiovisuales públicos no puede ser una mera y complaciente correa de transmisión de los intereses de la mayoría política gobernante, como así lo ponen obscuramente de manifiesto buena parte de las cadenas públicas estatales y autonómicas.

Tanto en Europa como en los Estados Unidos, los consejos audiovisuales están configurados como autoridades reguladoras del ámbito audiovisual y no como instancias de control, y su razón de ser es la necesidad de garantizar derechos y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Con este fin —y para procurar la calidad en la información en beneficio del público receptor— se separan los órganos reguladores de la comunicación y los operadores regulados.

No hay que olvidar que, desde las décadas finales del pasado siglo, en las que se produjo la liberalización del sector audiovisual y la reformulación del concepto de servicio público para definir la prestación que ofrece la televisión, el espacio audiovisual europeo está presidido por una fuerte concurrencia entre los sectores público y privado. Tal circunstancia ha exigido que no sea el gobierno quien disponga en exclusiva del poder regulador del sector. Por esta razón se precisa que, en aras de evitar la influencia política, una autoridad independiente sea la que asuma la regulación de los medios a fin de asegurar el cumplimiento de la legislación reguladora del audiovisual (Tornos Mas, 1999). Con esta lógica fueron creados en el ámbito autonómico los consejos de Cataluña, Navarra y Andalucía (Milian Massan y Pons Cánovas, 2006: 825-852). La crisis iniciada en 2008 provocó que uno de ellos desapareciera: en Navarra fue suprimido, aparentemente por esta causa. Y los dos restantes se caracterizan por su notoria inoperancia y, sobre todo, por su servilismo a la mayoría autonómica gobernante.

La interesada consideración de que el CEMA puede actuar como un órgano censor se compece muy mal con los ejemplos que ofrecen destacados entes reguladores en el Derecho comparado al respecto. Así, no hay que olvidar que el *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel* francés puede verificar si la información responde a la *honnêteté* (honestidad) exigida en su elaboración, instando, en su caso, al operador para que modifique su actuación. Algo similar ocurre en el Reino Unido con el *Office of Communications*, que vela por la *accuracy* (precisión) en la información; o en los Estados Unidos, donde la doctrina del Tribunal Supremo sobre la información diligente, obtenida respetando las normas de deontología profesional, es también una tarea que corresponde verificar a la *Federal Com-*



munications Comisión. Sin duda, estos ejemplos, y su acreditado buen funcionamiento, son un excelente referente para aplicar soluciones ante los estragos producidos por el populismo informativo en los medios de comunicación públicos y privados.

## BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel (1999): «Estatuto judicial y límites a la libertad de expresión y opinión de los jueces», *Revista del Poder Judicial*, noviembre, 435-444.
- BUSTOS GISBERT, Rafael (2106): «Juicios paralelos y presunción de inocencia en la jurisprudencia del TEDH», en A. M. Ovejero Puente (ed.), *Presunción de inocencia y juicios paralelos. III Sesión del Observatorio de la Presunción de Inocencia y los juicios paralelos*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- CARRILLO, Marc (2015): «La libertad de expresión de los jueces», *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 53-54.
- (2016): «Los juicios paralelos en Derecho Comparado: el caso de España», en A. M. Ovejero Puente (ed.), *Presunción de inocencia y juicios paralelos. III Sesión del Observatorio de la Presunción de Inocencia y los juicios paralelos*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2018): «El “no es no”», *El País*, 10 de mayo.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, (2009): «Artículo 117 de la Constitución», en M. E. Casas Baamonde, M. Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer (coords.), *Comentario a la Constitución española*, Madrid: Fundación Wolkers Kluwer, 1827-1850.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis M<sup>a</sup> (1991): *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid: Civitas.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier (1990): *El voto particular*, Madrid, CEC.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Juan Manuel (2006): «El derecho a la libertad de expresión del juez, límites en consideración a su *statuts de especial sujeción* y e relación con las garantías procesales y derechos objeto de protección respecto a los intervinientes en el proceso. Los gabinetes de comunicación y su papel como cauce institucional de información», en *Justicia y medios de Comunicación*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid: CGPJ., 137-216.
- GUARNIERI, Carlo y Patrizia PEDERZOLI (1999): *Los jueces y la política. Poder Judicial y democracia*, Madrid: Taurus.
- JÍMENEZ ASENSIO, Rafael, (2002): *Imparcialidad Judicial y derecho al juez Imparcial*, Cizur Menor: Aranzadi-Thompson.
- LASCURAÍN, Juan Antonio (2018), «Huellas de La Manada», *El País*, 4 de mayo.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego (2018): «La violación sí que está en el Código Penal», *El Periódico de Catalunya*, 15 de mayo.
- MARTÍNEZ ALARCON, María Luz (2004): *La independencia judicial*, Madrid: CEPC.
- MILIAN MASSANA, Antoni y Ferran PONS CÀNOVAS (2007): «Los Consejos Audiovisuales de las Comunidades Autónomas», en *Informe Comunidades Autónomas 2006*, Barcelona: Instituto de Derecho Público.
- MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel y, José Miguel SÁNCHEZ TOMÁS (2009): «La presunción de inocencia», en M. E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer (coords.), *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Madrid: Fundación Wolters Kluwer.
- NICOLÁS LAZO, Gemma (2018): «Algunas reflexiones tras la tormenta mediática y social de la Sentencia del caso conocido como La Manada», *Revista Catalana de Dret Públic (Blog)*, 30 de mayo.
- OTTO PARDO, de Ignacio (2010): *Estudios sobre el Poder judicial*. Obras Completas. Madrid: Universidad de Oviedo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- TAFUR, Javier «El veredicto de la plebe», *ABC* 29 de abril.
- TORNOS MAS, Joaquín (1999): *Las autoridades de regulación del audiovisual*, Barcelona: Consell de l'Audiovisual de Catalunya-Marcial Pons.

VACAS GARCÍA-ALÓS, Luis (2004): *Recopilación de resoluciones del consejo del poder judicial en materia disciplinaria*. CGPJ. Madrid.

ZARZALEJOS, Jesús (2018): «Donde pasta La Manada», *ABC*, 1 de mayo.

ZAGREBELSKY, Gustavo (2008): *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Madrid: Trotta.



LA INTERACCIÓN ENTRE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL Y LA POLÍTICA  
CRIMINAL EN LAS DEMOCRACIAS DE MASAS  
THE INTERACTION BETWEEN MEDIA AND CRIMINAL POLICY IN MASS DEMOCRACIES

*José Manuel Paredes Castañón*

*Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Oviedo*

RESUMEN

Frente a las explicaciones que interpretan que la política criminal está dominada en las sociedades de masas por el poder de la opinión pública, se propone una explicación mucho más matizada y multicausal del rol que cumplen los medios de comunicación en los debates político-criminales. Se examinan los diferentes factores que determinan su nivel de influencia, según los casos. Y se concluye que, en realidad, a corto plazo los medios de comunicación únicamente influyen sobre las decisiones políticas en materia penal cuando establecen alianzas con determinados grupos de presión, lo cual no es ni frecuente ni estable. No obstante, incluso cuando no se producen situaciones de esta índole, los medios siguen teniendo una influencia importante a la hora de acotar el ámbito de lo que parece decible o imaginable como argumento o como propuesta en los debates. Se concluye, por ello, que es preciso prestar atención a los problemas del acceso a los medios, de la formación y la ética periodística y de las estrategias de comunicación de los movimientos críticos con el punitivismo.

PALABRAS CLAVE

Populismo punitivo, opinión pública, grupos de presión, medios de comunicación, proceso legislativo.

ABSTRACT

Against explanations that interpret that no penal policy is dominated by the power of public opinion, it is proposed a multi-causal explanation of the role played by the media in penal debates. The different factors that determine their level of influence are examined. And it is concluded that, in the short term, the media only influence political decisions in criminal matters when they establish alliances with certain lobbies. This situation is neither frequent nor stable. However, even when such situations do not occur, the media continues to have an important role, when delimiting the scope of what seems to be possible to say or to defend, as an argument or as a proposal. It is concluded, therefore, that it is necessary to pay attention to the problems of access to media, journalistic ethics and training, and the communication strategy for anti-punitivist movement.

KEY WORDS

Penal populism, public opinion, lobbies, media, legislative process.

# LA INTERACCIÓN ENTRE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL Y LA POLÍTICA CRIMINAL EN LAS DEMOCRACIAS DE MASAS

José Manuel Paredes Castañón

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Oviedo

**Sumario:** 1. El «populismo punitivo» como falsa explicación. 2. Opinión pública y conocimiento de la realidad criminal. 3. La representación cultural de la desviación social. 4. Selectividad en la información (1): el «interés periodístico». 5. Selectividad en la información (2): el «interés público». 6. Semiótica de la comunicación social en materia penal. 6.1. Selección de los sujetos con legitimidad para comunicar. 6.2. Creación de narraciones acerca del caso o problema que se pretende comunicar. 6.3. Vinculación (*linkage*) a marcos cognitivos preexistentes. 6.4. Conversión (selectiva) del caso en signo. 7. Medios de comunicación y grupos de presión. 7.1. Ruido mediático y campañas políticas. 7.2. Supuestos de incidencia política a corto plazo. 8. Campañas mediáticas y partidos políticos. 9. La incidencia a largo plazo de los medios de comunicación en la esfera pública. 10. Tres problemas prácticos pendientes. Bibliografía.

## 1. EL «POPULISMO PUNITIVO» COMO FALSA EXPLICACIÓN

En la actualidad, el diagnóstico estándar de la situación relativa a los procesos de determinación de las políticas criminales en Estados como España suele basarse en la idea de que estos están hondamente condicionados (los más pesimistas dirían que completamente dominados) por el fenómeno que ha dado en llamarse «populismo punitivo»: de acuerdo con esta tesis, tanto la agenda como la sustancia de las políticas criminales del Estado español (y de otros Estados con características sociopolíticas similares) estarían influidas de manera predominante —o, cuando menos, muy relevante— por las creencias y valoraciones de la opinión pública mayoritaria sobre la delincuencia y la inseguridad, el funcionamiento el sis-

tema penal y sus insuficiencias. Así, las políticas efectivamente puestas en práctica (a través de reformas legales, pero también de otro tipo de medidas: policiales, penitenciarias, de gestión de la Administración de Justicia, etc.) serían principalmente expresión de la respuesta que legisladores y gobernantes (en suma, los partidos y los líderes políticos) tratan de dar —con mayor o menor fortuna— a aquellas inquietudes de la opinión pública mayoritaria referidas tanto a los aspectos de la interacción social que esta considera particularmente problemáticos y aterradores como a los fallos o insuficiencias del funcionamiento de los dispositivos de control social preordenados a abordar tales fenómenos (Pratt, 2007: 12-20).

En mi opinión, esta caracterización que acabo de sintetizar puede ser objetada desde distintos puntos de vista. En primer lugar, creo que resulta exagerada, en la medida en que toma una parte de las políticas criminales por el conjunto de las mismas: me parece obvio que hay amplias áreas de la política criminal (piénsese, hablando tan solo de delitos, en las falsedades, las insolvencias punibles, los delitos contra el patrimonio histórico, los daños, etc.) que apenas se ven afectadas por el estado de la opinión pública, dado que no existe propiamente una opinión pública sobre estas materias. De hecho, en esas áreas lo que ocurre más bien es que la agenda y la sustancia de las políticas vienen marcadas por dinámicas burocráticas (iniciativas de la Unión Europea o de algún Ministerio u organismo público) y por la acción de los grupos de presión en una proporción que, según los casos, puede variar (Paredes Castañón, 2016*a*), aunque, en todo caso, se trata de procesos en los que apenas hay participación social ni debate público.

Incluso en aquellas áreas de la política criminal en las que la opinión pública existe y puede influir (delitos violentos y sexuales, terrorismo, pequeña delincuencia patrimonial, etc.), es importante describir adecuadamente los nexos causales que vinculan a la opinión pública con las decisiones político-criminales, descripción que, pienso, las explicaciones sustentadas en la tesis del «populismo punitivo» —entendido en los términos descritos más arriba— no hacen correctamente.

En efecto, como he explicado en otro lugar con mayor detenimiento (Paredes Castañón, 2016*b*: 170-180), las formas de interacción entre la opinión pública y las instancias que adoptan las decisiones político-criminales son mucho más complejas y polifacéticas de lo que suele pensarse. A estas alturas, tenemos ya evidencia empírica suficiente para elaborar un modelo bastante fiable de los modos a través de los que se construye el discurso punitivista («populista»). De este modelo hay que destacar, ante todo, cuatro factores:

*i*) La atención ciudadana a las cuestiones criminales es, en general, reducida (aunque, una vez que se produce la llamada la atención sobre determinado asunto, la reacción sea muy intensa). Los únicos colectivos que prestan una atención constante a las cuestiones criminales son determinados *lobbies*: sindicatos policiales, empresas de seguridad privada, asociaciones de comerciantes, movimientos sociales, etc. Son ellos los que pergeñan las demandas de cambio, es decir, ellos son los empresarios morales que promueven las iniciativas para modificar la política criminal existente.

*ii*) La politización de las cuestiones criminales presenta muy diferentes grados: desde la mera preocupación latente hasta la configuración de un asunto penal como objeto de un debate público abierto.

*iii)* La opinión ciudadana sobre las cuestiones criminales y sobre la justicia penal es siempre ambivalente: no es unívoca ni uniforme. Los individuos construyen su opinión recurriendo a marcos cognitivos para explicar los fenómenos sociales, principalmente a aquellos que les resultan más fácilmente accesibles. Para ello, hay tres tipos de recursos disponibles: la «sabiduría popular» (esto es, la tradición cultural asentada), las experiencias personales y los discursos de los medios y de la industria cultural. El grado de disponibilidad de dichos recursos —y de los marcos cognitivos correspondientes— depende de las constantes culturales, la clase social, la etnia, el lugar de residencia, la inserción familiar, la accesibilidad a los medios de comunicación y el tipo de consumo cultural.

*iv)* En realidad, las oleadas de campañas punitivistas no obedecen a una estrategia común, sino a una confluencia de estrategias: los medios pretenden aumentar su audiencia; los grupos de presión aspiran a colocar sus propios temas en el debate público y en la agenda política; los políticos ambicionan obtener más votos y, a veces, además, la actuación de los *lobbies* internos de las propias agencias del sistema penal (Policía, Fiscalía, funcionarios penitenciarios, jueces, etc.) se orienta a la búsqueda de protagonismo, libertad de acción y presupuesto.

A tenor de todo lo dicho, no cabe afirmar seriamente que el discurso punitivista sea una manifestación de la «democracia en acción», esto es, que sea un fiel reflejo de las creencias generalizadas del electorado. Por el contrario, el discurso punitivista tiene autores y causas (microsociales) bien determinadas que no tienen que ver necesariamente con lo que la mayoría de los electores piensan (la opinión de la cual es, casi siempre, ambigua, compleja, contradictoria), sino con lo que en cada momento se intenta hacer pasar por tal.

## 2. OPINIÓN PÚBLICA Y CONOCIMIENTO DE LA REALIDAD CRIMINAL

Este marco de procesos causales menos unidireccionales, multiformes y más complejos de lo que muchas veces se presume es el entorno en el que cabe preguntarse sobre el rol de los medios de comunicación en la configuración de las decisiones político-criminales, un marco en el que, a diferencia de lo que se asume, no es la ciudadanía la que —a través de los medios de comunicación que, según este esquema, influirían sobre los partidos políticos y sobre sus líderes— transmite a las instituciones el estado de opinión dominante sobre una determinada cuestión de política criminal para que estas lo tengan en cuenta y lo plasmen en las decisiones políticas o legislativas que adoptan; por el contrario, lo que sucede es que los medios de comunicación, los partidos políticos, los grupos de presión y los movimientos sociales convergen en su énfasis en determinados temas (solamente en algunos, no en todos), intentan captar la atención ciudadana y, en el mejor de los casos, convencer a la mayoría de que su preocupación por un problema político-criminal (real o imaginario) está justificada y de que su propuesta para solucionarlo es la mejor.

Hay que preguntarse, entonces, cómo es la actuación de los medios de comunicación en este marco de competencia por captar la atención y el apoyo del público y de qué manera influye su actuación en las decisiones político-criminales que acaban adoptando

las instituciones estatales (en el caso español, principalmente, el Gobierno y/o las Cortes Generales). En lo que sigue, intentaré proponer un modelo que dé respuesta a estas dos preguntas (cómo actúan los medios en relación con las cuestiones penales, y cómo influyen sobre las decisiones políticas criminales) a partir de los estudios que sociólogos, criminólogos y teóricos de la comunicación han realizado sobre esta cuestión.

El punto de partida del modelo es el hecho demostrado de que, en las sociedades alfabetizadas, la abrumadora mayoría de las personas (dejo a un lado a los operadores profesionales del sistema penal), no poseemos una experiencia directa de una gran mayoría de temas penales asociada a nuestra implicación cotidiana en conflictos con trascendencia penal. Por el contrario, nuestro conocimiento de casi todas las cuestiones político-criminales (incluso en el caso de las víctimas y de los infractores, cuyo conocimiento directo se limita siempre a algún caso o problema muy específicos) es esencialmente mediado: lo adquirimos principalmente a través de representaciones simbólicas que pretenden hacer referencia a las realidades de la conflictividad social más grave y al control social estatal de dicha conflictividad; representaciones combinadas —en proporciones variables— con experiencias personales episódicas y con algo de transmisión cultural persona a persona. En todo caso, la fuente principal de información son, siempre, las representaciones simbólicas (Surette, <sup>4</sup>2011: 24-27) difundidas bien por los medios de comunicación, bien por la industria cultural (básicamente, libros y obras audiovisuales).

Si esto es así, entonces resulta fundamental determinar, por una parte, el modo en el que los medios y la industria cultural construyen las representaciones simbólicas de los problemas político-criminales y, por otro, las formas de recepción, decodificación y asimilación por los destinatarios de las mismas. En este sentido, importa destacar que el desarrollo de los estudios sobre comunicación social ha producido modelos teóricos que se han apartado progresivamente de la idea de que puede producirse una incidencia directa de los mensajes en la mente de los receptores de los mismos. Hoy, por el contrario, se piensa más bien que, aunque sin duda están condicionados por el contenido y por la forma de los mensajes transmitidos, el análisis de los efectos de la interacción entre los actos de comunicación social y las mentes de sus destinatarios es más complejo, dado que en este proceso están involucrados al menos dos factores adicionales: primero, las aptitudes diferenciadas de decodificación e interpretación de los mensajes de cada receptor (que depende de su historia, su nivel educativo, su ubicación en la estructura social, su género, su edad, etc.); y segundo, la estructura social (de poder) en la que el canal de comunicación se inserta (McQuail, <sup>6</sup>2010: 69-75). De manera que, para construir el modelo no solo hay que ocuparse de lo que dicen los medios y de cómo lo dicen: hay que comprender que cada segmento del público tiene sus propias claves de interpretación de los mensajes recibidos; y, asimismo, que quien (estados, empresas, etc.) controla los canales de comunicación condiciona los efectos del mensaje, al seleccionar y discriminar la manera en la que cada destinatario lo recibe.

Así, por ejemplo, para poder valorar adecuadamente el rol de la comunicación social en el tratamiento de un fenómeno político-criminal como los abusos sexuales contra menores, no basta examinar el contenido de los mensajes transmitidos (más o menos moralistas, más



o menos cargados de estereotipos y prejuicios sobre los infractores y las víctimas, etc.) o su estilo (más o menos sensacionalista, morboso, anecdótico, etc.); es preciso, además, tener en cuenta cuál es el público al que objetivamente se dirigen (¿madres de familia?, ¿jóvenes?, ¿sectores sociales formados?, ¿inmigrantes?...), así como los condicionantes del canal utilizado para difundirlos (es decir, la diferente selectividad de los canales de transmisión: periódicos, programas matinales televisión, Twitter...).

### 3. LA REPRESENTACIÓN CULTURAL DE LA DESVIACIÓN SOCIAL

Pero, ¿qué es lo que pretenden transmitir y reflejar esas representaciones culturales que son comunicadas públicamente y que pueden llegar a incidir en las políticas penales? En realidad, el contenido de esas representaciones es prácticamente siempre el mismo: la identificación de la anormalidad social (en comparación con la normalidad) y las maneras de convivir con ella. En efecto, la entera construcción —y la eficacia— de los discursos sobre las cuestiones político-criminales depende de que la instancia que los genera haya sido capaz de identificar previamente qué clase de comportamientos sociales constituyen conductas desviadas y cuáles no; quiénes son los sujetos desviados; qué grado de tolerancia debe existir hacia la desviación social y, en general, cuál es la estrategia para gobernarla (si se concibe o no como un problema de seguridad). Las políticas criminales operan siempre sobre un espacio de gubernamentalidad previamente configurado y a partir de una estructuración previa de los espacios de acción social que determina en qué ámbitos resulta razonable estudiar la eventual intervención del sistema penal y en cuáles, por el contrario, ni siquiera resulta posible considerarla (Paredes Castañón, 2016b: 162-164). En consecuencia, también la enunciación de discursos político-criminales y la adopción de decisiones sobre dichas cuestiones demandan una previa estructuración del espacio semántico del que se van a extraer los conceptos que se emplearán en la argumentación (Evans y Green, 2006: 206 y ss.): puesto que hacer política criminal equivale a adoptar políticas de control de la desviación social, el primer paso para su diseño (un paso eminentemente comunicativo) es la identificación del comportamiento «anormal» que, además, merece ser considerado (y tratado como) un problema de seguridad.

Por supuesto, la determinación de qué es anormal —y genera o puede generar, por tanto, un problema de seguridad— y qué, en cambio, no, es una actividad que no se realiza de una manera natural o evidente, sino que constituye siempre una construcción sociocultural (Wykes, 2001: 8-29 y 200-202). En efecto, un estudio acerca de los orígenes históricos del concepto de desviación social revela que este aparece en la edad contemporánea (entre el final del siglo XIX y el inicio del siglo XX) como un desarrollo ideologizado y politizado del concepto de normalidad (estadística) en el marco de las ciencias médicas del siglo XIX: a la identificación de la media estadística se añadió una connotación valorativa adicional relativa al concepto de normalidad que marca el patrón de conducta adecuado: si este debe ser promovido, los patrones que se desvían del mismo deben ser combatidos.

Por supuesto, la determinación de la normalidad no ha sido nunca una cuestión pacífica. Por el contrario, su determinación ha generado siempre procesos de discusión y contestación (Cryle y Stephens, 2017: 353-359). Justamente en este marco se comprende mejor el papel de los medios de comunicación: como herramientas de poder ideológico (Mann, 1991: 43-45), son instrumentos útiles (aunque no siempre eficaces, ni eficientes) para tratar de imponer a los receptores de sus mensajes y discursos una interpretación determinada de la realidad en detrimento de otras, propiciando de este modo ciertos cursos de acción (en lugar de otros cursos de acción alternativos y también posibles).

Para ilustrar lo que acaba de exponerse, piénsese, por ejemplo, en el caso de la ocupación de inmuebles ajenos (para vivir en ellos, para crear centros sociales, etc.). Es evidente que, en la sociedad española actual, existe una auténtica «batalla de discursos» sobre el modo en que debería interpretarse este fenómeno (y, por consiguiente, sobre la estrategia a través de la cual debería ser abordado por parte de los poderes públicos): hay quienes lo presentan como un caso puro y simple de violación del derecho a la propiedad privada; hay quienes van más allá y lo caracterizan como un auténtico problema de orden público (de control del espacio público); por el contrario, hay opiniones radicalmente contrarias que interpretan el fenómeno como una manifestación de la crisis y de la precariedad —y como una consecuencia de la ausencia de políticas públicas de vivienda eficaces, de infraestructuras socioculturales municipales, etc.— y que, si no justifican estas conductas, al menos las disculpan y se oponen a cualquier tratamiento orientado a su represión; y, en fin, hay incluso quienes piensan que las iniciativas autónomas y desobedientes de esta índole constituyen el mejor camino para empoderar a una ciudadanía activa, comprometida y que ostente el control sobre el territorio y la vida ciudadana. Sea como fuere, la cuestión que aquí más nos interesa es el hecho de que buena parte de esta batalla discursiva se plasma en operaciones comunicativas: en buena medida, aunque no solo, a través de los medios de comunicación.

En la práctica, las operaciones de ejercicio del poder ideológico a las que me estoy refiriendo se llevan a cabo empleando todos los recursos comunicativos (retóricos) disponibles.

Veamos algunos ejemplos (extraídos de la prensa escrita) de estos ejercicios de retórica persuasiva (he elegido intencionadamente casos extremos) para el caso de la ocupación de inmuebles (las cursivas son mías):

– «[...] la lucha contra la ocupación ilegal de viviendas, *un problema que afecta a más de 87.500 pisos* en toda España (según un informe del Institut Cerdá) y que *sufren directamente*, además de los propietarios, los vecinos de la comunidad y del resto del barrio, que ven cómo *se degrada la convivencia*» (ABC, 20/3/2018).

– «Una nueva ofensiva *criminalizadora* de la “okupación”» (El Salto, 1/4/2018).

– «Si eres abertzale, te “regalan” un palacio del siglo XVIII en Pamplona» (ABC, 3/9/2018).

– «El Gaztetxe Maravillas llama a *defender el espacio* frente a la amenaza de desalojo de Geroa Bai» (El Salto, 7/8/2018).

- «*Mafias de la “okupación”*. En Madrid, el 75 % de las ocupaciones ilegales de viviendas son cometidas por grupos organizados» (*ABC*, 26/10/2017).
- «*Ocupación por necesidad*» (*El Salto*, 28/3/2018).
- «*Violencia policial durante o desalojo da Insumisa*» (*El Salto*, 24/5/2018).

#### 4. SELECTIVIDAD EN LA INFORMACIÓN (1): EL «INTERÉS PERIODÍSTICO»

Por lo demás, es importante observar que a través de los medios de comunicación no solamente se llevan a cabo operaciones de representación y conceptualización de la realidad social, esto es, de estructuración del espacio semántico a través de la atribución de significados y connotaciones significativas a los diferentes términos. Además, se llevan a cabo actos (de habla) que hacen referencia directa a dicha realidad. Es decir, los contenidos de un periódico o de un noticiario televisivo no se limitan únicamente a seleccionar ciertos términos o a enfatizar ciertos mensajes con el fin de proponer una interpretación determinada de la realidad. Adicionalmente, los medios de comunicación hacen referencia a sujetos y a acontecimientos concretos, espacial y temporalmente determinados. Se señala, pues, a personas, grupos y episodios concretos. Y, además, se les etiqueta.

Esta interacción entre representación simbólica de la realidad y referencia (siempre modulada por las categorías semánticas previamente creadas en el discurso) nos lleva a analizar una de las cuestiones más importantes a la hora de comprender el papel de los medios de comunicación en los debates político-criminales: la selectividad. Dado que es evidente que los medios no pueden ni quieren informar sobre todos los casos y asuntos (delitos u otras formas de desviación social que podrían llegar a convertirse en delitos) que se producen en un momento y en un lugar determinados, y que, por ello, están necesariamente abocados a seleccionar ciertos casos y problemas frente a otros (que también ocurren y sobre los que no informan o informan con mucha menor intensidad), es importante comprender la manera en la que dicha selección tiene lugar. En este sentido, las investigaciones sobre comunicación social han puesto de manifiesto que, en la selección de temas y casos que son objeto de atención mediática, los medios de comunicación operan conforme a dos criterios: el «interés periodístico» del caso o problema y el «interés público» del mismo (Jewkes, <sup>3</sup>2015: 44-48).

Así, en primer lugar, es evidente que el modelo de negocio de los medios de comunicación se basa, ante todo, en la captación de audiencia; por ello, el primer filtro de selección es la capacidad de la noticia para suscitar la atención del público. (Me refiero, principalmente, a los medios privados, si bien es necesario señalar que los medios públicos cada vez se aproximan más a aquellos en la forma de gestionar la información. Por lo demás la cultura profesional de los periodistas está, en su formación inicial —y en la que adquieren en el ejercicio de su profesión—, impregnada de aquellos valores, por lo que no es extraño estos influyan incluso —aunque sea de manera más atenuada— en los medios alternativos,

comunitarios, etc.). Esta capacidad de influencia depende de características semióticas que varían dependiendo del tiempo y del lugar. No obstante, y con algunas pequeñas matizaciones, la enumeración de los factores determinantes de la graduación del interés periodístico de una noticia que propone Jewkes, (<sup>3</sup>2015: 49-68) es válida para la generalidad de las sociedades occidentales. Según esta autora, una noticia en materia penal resulta tanto más interesante desde un punto de vista periodístico (y, por consiguiente, es más probable que sea publicada) cuanto mayor sea el número de los factores listados a continuación que concurren en el caso concreto:

- Existencia de un plazo-límite (dramatismo);
- Imprevisibilidad del acontecimiento;
- Simplicidad (aparente, cuando menos) del evento;
- Carácter individualizable de los protagonistas;
- Permanencia del riesgo hacia el futuro (posibilidad de que pueda repetirse);
- Connotaciones sexuales;
- Fama o estatus elevado de los protagonistas;
- Proximidad, en el espacio y/o en el tiempo;
- Existencia de violencia o de un conflicto abierto;
- Espectacularidad visual; y
- Presencia de menores.

Así, en igualdad de condiciones, será más probable que los casos o problemas de desviación social que reúnan algunas de estas características —cuantas más, ya se ha dicho, mejor— acaben siendo difundidos por los medios de comunicación, y que, por ello, se hagan acreedores de la atención del público. Esta es una primera explicación de que los delitos violentos y sexuales tengan, en general, mucha más presencia en los medios de comunicación que otros: simplemente, son más atractivos para el público.

De lo expuesto podemos extraer una primera lección: dado que no es posible cambiar de raíz los procesos de selección del interés periodístico (puesto que dependen de dos factores que resulta difícil modificar: el modelo de negocio de los medios de comunicación y las apetencias informativas —entretenimiento, morbo, etc.— de la audiencia), es preciso reflexionar sobre las formas más adecuadas de comunicar problemas político-criminales, o mejor, sobre formas de informar distintas a las que habitualmente recurren los medios. Hacen falta, pues, buenas narraciones (periodísticamente atrayentes de acuerdo con los criterios más arriba expuestos) sobre delitos de corrupción, fraude tributario, delitos empresariales, violencia de género, trata de personas, explotación laboral, etc. Considero que, gracias tanto a los periodistas como a la labor desarrollada por las organizaciones y los movimientos sociales, se están produciendo avances en este sentido, aunque sean aún insuficientes.

## 5. SELECTIVIDAD EN LA INFORMACIÓN (2): EL «INTERÉS PÚBLICO»

Sin embargo, el interés periodístico es solo uno de los factores que determinan la selección de noticias y el tratamiento de las mismas. Otro factor es el llamado «interés público». Y es que, en efecto, hablando en términos generales (y admitiendo, por tanto, que puede haber algunos programas, revistas, etc. que no se atengan a este criterio, aunque la mayoría de ellos lo hagan), el interés de los medios de comunicación a la hora de seleccionar información (tanto en lo que hace a la que se selecciona como a la forma en la que se presenta) no es nunca puramente comercial (captar atención para cobrar por ello u ofrecer publicidad a su público), sino que lleva aparejados también elementos políticos.

La inevitable politización de la información que ofrecen los medios de comunicación obedece a diferentes factores:

– Ideología de los periodistas: aun con las mejores intenciones de ser «objetivos», resulta imposible no enmarcar la interpretación de los hechos a partir de los presupuestos ideológicos de los que los periodistas parten al construir la narración, incluso cuando se limitan a relatarlos, y esto es sin duda más evidente cuando tratan de realizar un análisis o una valoración de los mismos. Este efecto de encuadre o enmarcado (*framing*) en la presentación de la información está absolutamente acreditado desde el punto de vista empírico (Scheufele, 2000: 300-302 y 306-308).

– Ideología de los accionistas (mayoritarios) de las empresas propietarias de los medios: puesto que las empresas imponen la dirección del medio (personas y criterios de gestión), su ideología importa, ya que tenderán a cooptar a periodistas que compartan su ideología y a imponer que estos ocupen la cima de la estructura de poder interna del medio.

– Alianzas entre los grupos empresariales propietarios y los partidos políticos (y, a través de ellos, los gobiernos): la existencia de coaliciones entre élites (aquí, políticas y económicas) es un problema generalizado, aunque la forma en la que estas se concretan varía de país a país y depende del momento histórico (Varona Gómez, 2011: 10-11).

Así, en el caso de la España actual, resulta obvio que la debilidad económica del modelo de negocio de los medios ha motivado que prácticamente todos los medios de comunicación que acaparan un porcentaje significativo de audiencia pertenezcan, en régimen de oligopolio, a grupos empresariales que desarrollan actividades diversas, mantengan vínculos muy estrechos (demasiado estrechos) con la banca y sean muy dependientes de la contratación pública. Esto provoca que, muy frecuentemente, el encuadre de la información no obedezca únicamente a razones ideológicas, sino también a otros intereses (políticos y/o empresariales) más pragmáticos: apoyar u oponerse a un partido o a un gobierno, desacreditar a un competidor, etc.

– Acción de los grupos de presión: en una sociedad plural, organizaciones y coaliciones de toda índole (desde la patronal bancaria hasta las organizaciones de derechos humanos, pasando por las iglesias o las asociaciones de fumadores de cannabis) pugnan por hacer llegar sus mensajes (sus análisis de los problemas sociales y sus propuestas para abordarlos) al electorado, a los partidos políticos y a las instituciones estatales. Y lo hacen, además,

compitiendo por recursos escasos (la atención de los destinatarios y la financiación disponible —siempre limitada— para elaborar, aprobar y poner en práctica políticas públicas) y, a veces, difundiendo mensajes francamente contradictorios. Entre otros métodos destinados a lograr sus objetivos comunicativos, todos los grupos de presión tienen que tratar de acceder a los medios (los tradicionales y los que han aparecido recientemente en internet), dada la capacidad de todos ellos para transmitir mensajes a la población de forma masiva, no equiparable a cualquier otra. En la práctica, esto significa que los grupos de presión compiten por la atención de los periodistas y de las empresas periodísticas. En esta competencia se emplean, de una parte, los recursos del interés periodístico (cuanto más morbosa, llamativa, etc. sea una historia, más fácil será «colarla» en los medios) y, de otra, los recursos derivados de la politización de los medios: todos los grupos de presión saben que hay ciertos medios que están más dispuestos a difundir sus mensajes que otros. Y, en todo caso, también se compete por hacerle ver al medio (a sus propietarios, a sus periodistas) que los mensajes que aquellos grupos pretenden comunicar son compatibles —o mejor, francamente amigables— con la ideología que el medio o el periodista pretenden promover —o con la que más simpatizan—.

De acuerdo con lo que acaba de exponerse, la forma en la que cada medio de comunicación (o, dependiendo de su grado de descentralización interna, cada programa, cada sección, etc.) llega a identificar el «interés público» de una noticia o de un mensaje, es decir, la forma en la que cada medio —o sección del mismo— selecciona políticamente las noticias y los mensajes que decide comunicar (en detrimento de otros) depende esencialmente de su estructura económica y política (McQuail, <sup>6</sup>2010).

- De su estructura económica: la selección depende, por una parte, de su modelo de negocio, del grado de dependencia de sus ingresos de la publicidad, de los ingresos procedentes de su público o de otras fuentes (señaladamente, las subvenciones estatales), y, por otra, del nivel de competencia (o de la estructura oligopólica o monopolística) existente en el sector. En términos generales, cuanto mayor sea la vulnerabilidad económica de las empresas de comunicación, más conformista y conservadora será su selección de noticias y mensajes.
- De su estructura política: igualmente, la selección depende, por una parte, de la estructura interna de la gobernanza del medio —que dependerá tanto de su régimen de propiedad y de sus relaciones con otras empresas como del grado de autonomía que otorgue a sus profesionales (¿existe un estatuto de la redacción, cómo se designa al director, qué poderes tiene el editor...?)—, y, por otro, de la mayor o menor politización partidista del medio, es decir, no solo (o más allá) de su ideología, del grado de compromiso con un partido o partidos (u otras organizaciones, por ejemplo las iglesias). Como regla general, cuanto más autoritaria sea la estructura interna de gobernanza del medio y más estrechos sean los vínculos partidistas del medio, más conformista y menos pluralista será la selección de noticias y de mensajes.

## 6. SEMIÓTICA DE LA COMUNICACIÓN SOCIAL EN MATERIA PENAL

Seleccionar noticias y mensajes no consiste solamente en elegir ciertos hechos e interpretaciones de los mismos para que sean comunicados al público específico del medio en cuestión (en detrimento de otros hechos o de otras interpretaciones del hecho comunicado), sino también en construir la narración de los hechos y la interpretación de los mismos de un determinado modo. En efecto, a la hora de producir el efecto de encuadre (ideológico) que necesariamente conlleva todo acto de comunicación, tan importante es el contenido del mensaje como la forma que este adopte. Expresado en otros términos: es perfectamente posible que un medio seleccione una noticia auténtica y que la forma que adopte el mensaje a través del que la presente muestre al público una realidad absolutamente distorsionada.

En este sentido, las principales operaciones semióticas a través de las que los medios de comunicación construyen (y manipulan) la «realidad» de los problemas político-criminales son las siguientes (Surette, <sup>4</sup>2011: 34-44):

### 6.1. SELECCIÓN DE LOS SUJETOS CON LEGITIMIDAD PARA COMUNICAR

Los medios de comunicación no tratan igual a todos los sujetos y grupos sociales involucrados en un asunto penal (independientemente de si se trata de un caso concreto o de un problema general). Por el contrario, reconocen a algunos de ellos el monopolio de las interpretaciones relevantes e, implícitamente, niegan a otros la difusión sus mensajes e interpretaciones.

Así, en el caso de las cuestiones político-criminales, está demostrado que la mayoría de los medios de comunicación recurren sistemáticamente a dar voz a los operadores del sistema penal (policías, jueces, fiscales... y, en menor medida, abogados) y, en relación con determinado tipo de delitos, también a las víctimas. En cambio, las víctimas de otros ilícitos, casi todos los infractores y muchas asociaciones y organizaciones sociales que defienden interpretaciones y propuestas diferentes tienden a ser excluidos de la presentación de los mensajes.

### 6.2. CREACIÓN DE NARRACIONES ACERCA DEL CASO O PROBLEMA QUE SE PRETENDE COMUNICAR

La narración es un género del discurso en el que se comunica verbal o visualmente el acaecimiento de uno o varios eventos durante un período determinado de tiempo. En el caso concreto que aquí nos interesa, los fenómenos de desviación social, dichos eventos son siempre acciones humanas realizadas por uno o varios agentes. En una narración, la voz narrativa describe los acontecimientos y marca los enlaces entre ellos —y entre los acontecimientos y los agentes que los causan—. Dada la notoria capacidad de las narraciones para llamar la atención del público (desde que tenemos noticia, los seres humanos hemos sido siempre contadores y oyentes de narraciones), los medios de comunicación

recurren de forma regular al discurso narrativo para exponer los hechos y problemas que desean comunicar. Esto significa que, como en toda narración, en aquellas que inundan los medios de comunicación (las noticias de sucesos, los tiras y aflojas entre asociaciones y movimientos sociales para convencer al gobierno de que adopte, modifique o revoque ciertas medidas...) existe una voz narrativa muchas veces oculta tras una falsa apariencia de objetividad —como ocurre tantas veces en las narraciones literarias— que indica al receptor quién es autor (y, por ende, el responsable), de qué hechos es autor y qué acciones son las más relevantes desde el punto de vista causal para que ciertos acontecimientos hayan tenido lugar. Es decir, una narración es siempre —e inevitablemente— una interpretación selectiva y sesgada de hechos objetivos (Bal, 1985: 21-45).

En concreto, en las narraciones que construyen sobre los casos y problemas de desviación social, los medios de comunicación suelen recurrir a toda una panoplia de recursos retóricos para producir efectos de sesgo en su información. Para ello, manipulan los aspectos lingüísticos del mensaje mediante la selección de ciertos términos y la elección de determinadas formas de construir las frases (Mayr y Machin, 2012: 27-77), los paralingüísticos, es decir, los titulares, la tipografía, la entonación, el volumen, los ruidos, etc. (Blanco, 2007) y los gráficos y audiovisuales (la iluminación, los colores, el montaje, la composición de los planos, la música extradiegética, los efectos visuales y sonoros, etc. (Groupe  $\mu$ , 1993: 231 ss.)).

En particular, se han identificado al menos los siguientes recursos retóricos:

*i)* Recursos para el tratamiento de casos individuales (Surette, <sup>4</sup>2011: 52 ss.):

- Historias moralistas relativas al restablecimiento del orden (Ericson, Baraneky Chan, 1991: 73 ss.): la desviación social crearía siempre desorden e inseguridad. Su control, en cambio, crearía orden y seguridad. Orden y seguridad equivalen al respeto de la moralidad (hegemónica) y a la obediencia a la autoridad.
- Personalización de los casos: más que de crímenes, se habla de criminales; asimismo, más que de la experiencia de la victimización, se habla de las víctimas.
- Construcción de estereotipos de delincuente: «super-machos psicóticos», «depredadores», «extraños» (por razón de su clase, su etnia, etc.) o «tramas organizadas» (concebidas al modo de los cómics).
- Construcción de estereotipos de víctima: las víctimas son siempre inocentes y están (o, en el momento de la comisión del ilícito, estaban) indefensas.
- Simplificación del análisis sociológico: la sociedad está dividida en tres grupos: las «ovejas» (víctimas inocentes), los «lobos» (infractores, depredadores, perversos y extraños) y los «pastores» (agentes del sistema penal: policías —principalmente—, fiscales y jueces, que son valorados exclusivamente en función de su presentación como operadores eficaces o ineficaces).
- Popularización de pseudoexplicaciones criminológicas (García Arán, 2008: 52-62): estas «explicaciones» se sustentan en (y robustecen) lugares comunes del tipo «hay delincuentes natos», «la resocialización no funciona», «las víctimas deben temer fundamentalmente a los extraños» y similares.



- El sistema penal como trasfondo de historias y personajes: el funcionamiento del sistema penal apenas aparece descrito en las noticias y reportajes; queda reflejado únicamente de manera anecdótica e inconexa (una sentencia, una puesta en libertad...). La mayor parte del tiempo, el sistema penal semeja únicamente un decorado vacío delante del cual ocurren las cosas que son noticia: los delitos, las actuaciones policiales, el sufrimiento de las víctimas.
- ii*) Recursos para el tratamiento de problemas globales, o que son presentados como tales (Ericson, Baranek y Chan, 1991: 111 ss.):
- Imaginar los conflictos que podrían acabar plasmados en una ley u otra medida político-criminal: los medios apenas tiene acceso a aquellos conflictos y conductas desviadas que aún no han sido seleccionados como infracciones (y que, por consiguiente, no dan lugar a detenciones, juicios, noticias de sucesos, etc.). Por ello, se ven obligados a imaginarlos: a partir de la información que reciben de fuentes diversas (grupos de presión, expertos, etc.), elaboran descripciones —muchas veces, irreales— de las características de los problemas de desviación (que acaso ni siquiera existan) sobre los que quieren informar.
  - Aleccionar moralmente al público: los temas relativos a la desviación social que son presentados como auténticos problemas sirven para reafirmar ante el público valores morales (generalmente, conservadores) que podrían estar siendo puestos en cuestión por la desviación de la que se habla o por otros cambios sociales relacionados con la misma.
  - Inventar consensos inexistentes: con frecuencia, los medios crean un consenso sobre la naturaleza —y la realidad— del problema y/o sobre la mejor solución para afrontarlo mediante un simple procedimiento consistente en seleccionar (bien intencionadamente, bien por ignorancia o desidia) la información y los mensajes que se comunican y marginar otros que podrían entrar en contradicción con ellos.
  - Expresión selectiva de la diversidad de opiniones: incluso cuando los medios optan por dar voz a ciertas opiniones disidentes, con frecuencia son poco diligentes a la hora de cerciorarse de su representatividad. Así, pueden conceder más espacio y relevancia a las opiniones más extremas o llamativas aun cuando sean notoriamente minoritarias o incluso completamente marginales.
  - Utilización poco rigurosa de las opiniones expertas: es infrecuente que los medios traten de recabar opiniones expertas bien elaboradas y representativas. Cuando menos, rara vez adoptan una política consistente a este respecto, de modo que solamente por azar se produce una selección razonable de tales opiniones. Esto implica que, en muchas ocasiones, las mejores opiniones expertas no tengan apenas voz en el debate público.

### 6.3. VINCULACIÓN (*LINKAGE*) A MARCOS COGNITIVOS PREEXISTENTES

Las narraciones nunca son enunciadas en un entorno cultural vacío. Por el contrario, el emisor relata su contenido tratando siempre de evocar marcos interpretativos preexistentes

que faciliten al receptor su decodificación de la manera más económica y sencilla. Sasson ha estudiado el modo en que las noticias y los mensajes sobre cuestiones político-criminales son difundidos a través de la evocación de —y de su encuadre en— uno de los siguientes marcos cognitivos: el marco del sistema penal fallido, el marco de la quiebra del orden social y/o el marco de la desigualdad como fuente de la desviación social (Sasson, 1995: 13-17). Cada uno de estos marcos cognitivos relaciona la noticia o el mensaje con una interpretación y propicia, por lo tanto, que el público decodifique el mensaje de manera diferente.

#### 6.4. CONVERSIÓN (SELECTIVA) DEL CASO EN SIGNO

Los medios de comunicación seleccionan ciertas noticias y/o determinados problemas y los presentan como indicios («índices», en el sentido en que Charles S. Peirce definía este término) de temas más generales relacionados con la desviación social y el modo de gobernarla. Convierten, así, algunos casos puramente locales (en el fondo, un homicidio, una violación, un robo, una venta de drogas... siempre son la expresión de un conflicto intracomunitario) en un problema sistémico de dimensión nacional o internacional cuyas causas son globales y que amerita una respuesta política también global. Esta selección tiene como objetivo colocar el tema en la agenda, Aunque en ocasiones el tema constituye un problema real, otras veces ni siquiera existe como tal, más allá de algún caso aislado. Sea como fuere, incluso si existen, el medio siempre decide seleccionar algunos problemas —y no otros— para visibilizarlos (Surette, <sup>4</sup>2011: 42-43).

### 7. MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y GRUPOS DE PRESIÓN

#### 7.1. RUIDO MEDIÁTICO Y CAMPAÑAS POLÍTICAS

Llegamos aquí a la última cuestión que hay que abordar: el efecto político real de todas estas operaciones (selectividad conforme a intereses comerciales y políticos, representación sesgada, etc.) en los debates político-criminales y en las controversias sobre las políticas públicas relativas al control de la desviación social. Por una parte, es obvio que todas estas estrategias de manipulación de la información y de los mensajes solamente son comprensibles (o cobran sentido) a la luz de su naturaleza: se trata de intentos de influir en la audiencia y de captar su atención (y obtener ingresos), pero también de privilegiar determinadas interpretaciones de la realidad social (en este caso, de la desviación social) y de promover las políticas públicas que el medio considera más adecuadas para gobernarla. Por otra parte, sin embargo, ya señalé más arriba que nada garantiza que las estrategias comunicativas de los medios resulten siempre exitosas, dado que sus mensajes tienen que ser decodificados e interpretados por sus destinatarios, que no lo hacen en un entorno cultural vacío, sino más bien en un medio colmado de estímulos culturales que «tiran de ellos» en uno u otro sentido, razón por la cual el resultado final de la tarea de decodificación no está en absoluto predeterminado.

De este modo, cualquier análisis riguroso del papel de los medios de comunicación en la política criminal de las sociedades desarrolladas contemporáneas no puede descartar la posibilidad de que, en muchas ocasiones, la información suministrada por los medios actúe, en términos comunicativos, principalmente como ruido, esto es, como una información que, en lugar de contribuir a la discusión y a los procesos de toma de decisiones, la dificulta porque entorpece y aun impide la difusión de otras informaciones y argumentos que sí son verdaderamente relevantes. De hecho en buena parte de los casos la información difundida por los medios carece, a mi juicio, de cualquier efecto causal apreciable, más allá de su poco valiosa y magra contribución a aumentar la confusión en el debate.

Esta posibilidad tiene que ver con las características de la dinámica política a través de la que las políticas criminales son discutidas y decididas. Debido a la naturaleza esencialmente mediada del conocimiento que la gran mayoría del público tiene de las cuestiones vinculadas a la desviación social, el solo hecho de que algunos medios de comunicación publiquen narraciones atrayentes (es decir: capaces de captar la atención) sobre casos o tipos de casos (por ejemplo, la violación y muerte de un niño, una sucesión de atracos particularmente espectaculares y violentos, un atentado terrorista que provoca una masacre...) no tiene capacidad de influir en el debate público sobre la política criminal. Ello es así porque, generalmente, en ausencia de otros factores concurrentes, ni los periodistas que transmiten los relatos ni el público que los recibe y asimila están en condiciones de extraer, a partir de ellos, conclusión alguna que no sea meramente banal («¿cómo está el mundo!», «¡pobrecillos!», «¡ya no se respeta nada!», «¡hoy es que ya no se puede salir a la calle!», «¡pero dónde vamos a acabar!», etc.), dado que no tienen conocimientos suficientes sobre la realidad (terrorismo, abusos sexuales, atracos, etc.) de la que se habla y menos aún la competencia para analizarla y plantear propuestas políticas realistas para afrontarla. A esta impotencia política generalizada de la mayoría de la comunicación mediática sobre delitos, comportamientos anormales, etc. contribuye, además, la naturaleza extremadamente perecedera de la mercancía informativa que los medios de comunicación venden: a falta de una estrategia de comunicación que mantenga intencionadamente la atención sobre él, el caso escandaloso de hoy será completamente olvidado por el público en unos pocos días o semanas.

Todo ello, insisto, en ausencia de una estrategia de comunicación que mantenga deliberadamente la atención sobre el caso o el problema. Porque, justamente, aquí estriba la clave del asunto: parece que, por sí sola, la acción de los medios de comunicación es insuficiente para condicionar las discusiones y los procesos de adopción de decisiones en materia político-criminal, ya que generalmente carecen tanto de la capacidad y los conocimientos para proporcionar al respecto análisis y propuestas que puedan resultar convincentes como del poder ideológico necesario para movilizar masivamente a la opinión pública (una opinión pública que piensa por sí misma y no siempre se deja arrastrar). Sin embargo, las cosas son diferentes cuando ocurre que, por mero azar o a través de una alianza estratégica intencionada, los medios de comunicación cooperan con otros agentes políticos.

Mi tesis, entonces, es que únicamente aquellos escándalos mediáticos en materia penal o de desviación social que son aprovechados por agentes políticos distintos a los propios

medios pueden llegar a producir efectos relevantes sobre el proceso de toma de decisiones político-criminales. Generalmente, el agente o los agentes políticos interesados en la utilización del escándalo es algún grupo de presión o una coalición de los mismos: sindicatos policiales, asociaciones de víctimas, de jueces, de fiscales, organizaciones empresariales, sindicales, movimientos feministas, medioambientales, de derechos humanos, etc. Únicamente cuando alguno de estos agentes incorpora a su estrategia de acción política el aprovechamiento de noticias aparecidas en los medios para impulsar su agenda (o la promoción de la publicación de noticias de una cierta clase), se produce una continuidad en la información proporcionada al público y la difusión de análisis y propuestas de acción relacionadas con la materia de las noticias aparecidas en los medios (análisis y propuestas que siempre se presentan como las más adecuadas para afrontar el problema del que serían reflejo), que hacen posible que el tema objeto de la noticia permanezca en el debate político. Pues únicamente algunos grupos de presión tienen el suficiente interés en las cuestiones político-criminales y los recursos necesarios para tratar de mantener la atención del público sobre ellas rentabilizar, así, dicha atención. Por supuesto, no siempre lo logran (al fin y al cabo, la política tiene siempre importantes componentes de azar), aunque siempre pueden intentarlo. Como señala Varona Gómez (2011: 8-12), los medios son más el «escenario donde se dirimen conflictos de intereses» que el principal factor impulsor de las campañas en materia político-criminal.

## 7.2. SUPUESTOS DE INCIDENCIA POLÍTICA A CORTO PLAZO

Por lo que hace al efecto político a corto plazo de la actuación de los medios de comunicación en materia político-criminal, creo que cabe distinguir cuatro situaciones diferentes, que expondré en función de la frecuencia (de menor a mayor) en que se producen o pueden producirse:

– Situación 1. Coalición entre medios de comunicación y otros agentes políticos: en ocasiones, uno o varios medios de comunicación deciden colaborar intencionadamente para colocar en la agenda política determinado tema y las propuestas en torno al mismo. Tanto el tema como las propuestas suelen ser suministrados al medio por algún grupo de presión. En este caso, se intentará generar una retroalimentación virtuosa entre la información sobre casos relacionados y los reportajes y artículos que contienen un tratamiento global del asunto publicados por los medios de comunicación y las iniciativas que sobre la misma promovidas por el grupo de presión con el objetivo de captar, al menos, la atención del público y, en el mejor de los casos, de lograr que las propuestas lleguen a ser discutidas e incluso aceptadas porque se entiende que son las mejores (o, mejor todavía, las únicas razonables). La existencia de estas coaliciones entre medios y otros agentes políticos es infrecuente, debido a que los intereses de unos y otros son muy distintos: por una parte, captar audiencia y, por otra, promover la adopción de decisiones políticas. Y serán tanto más probables cuanto más dependientes de grupos empresariales diversificados (y, por ello, más necesitados de alianzas) y menos independientes política y económicamente sean los medios de comunicación. Por esta razón, en España tales coaliciones se producen con más frecuencia de lo habitual.

Un ejemplo interesante de esta Situación 1 ha sido estudiado por Soto Navarro (2005), autor que analizó la alianza entre los sindicatos policiales y de funcionarios penitenciarios, los partidos de oposición y los medios de comunicación para lanzar, entre 2001 y 2003, una oleada de propaganda alarmista e impulsar una reforma penal punitivista (intentando, de este modo, poner en dificultades al Gobierno y lograr objetivos corporativos).

– Situación 2. Aprovechamiento oportunista de las noticias por parte de otros agentes políticos y confluencia contingente de intereses: mucho más frecuentes que los supuestos de coalición intencionada entre medios de comunicación y grupos de presión en materia político-criminal son los casos de confluencia casual y oportunista entre las estrategias de unos y de otros: los medios buscan desesperadamente audiencia y atención, y el grupo de presión aprovecha la noticia escandalosa para intentar llamar la atención del público sobre sus mensajes y propuestas. Normalmente, estas convergencias de intereses son esporádicas y discontinuas, por lo que su efecto político a corto plazo resulta limitado: unos días de escándalo en los medios y de fervorosa discusión sobre el tema seguidos de un inmediato olvido hasta la siguiente ocasión. Únicamente cuando el grupo de presión en cuestión dispone de los recursos necesarios para mantener una estrategia política a medio plazo que incluya una estrategia comunicativa, los efectos de su acción pueden llegar a ser relevantes.

Varona Gómez y Gabarrón (2015: 38-41) ilustran un caso de este tipo confluencia de intereses (económicos, políticos, etc.) mediante el ejemplo de las campañas mediáticas en torno a la violencia de género en España entre 2000 y 2012.

La efectividad de esta estrategia dependerá mucho de la capacidad del grupo de presión para introducir sus preocupaciones en el medio institucional —los partidos políticos y las instituciones estatales—, es decir, en las instancias que determinan las políticas públicas. Así, hay casos en los que el grupo de presión mantiene (utilizando también para ello los medios de comunicación) un tema en la información que es objeto de atención pública durante largo tiempo, pero se revela incapaz de conseguir que se incorpore al debate político institucional. En otras ocasiones, sin embargo, el grupo de presión tiene más capacidad de captación de apoyos políticos para promover su agenda e impulsar sus propuestas, de manera que su esfuerzo comunicativo llega a rendir frutos.

Compárese, por ejemplo, la escasa influencia de la propuesta de despenalización del fenómeno denominado «top manta», que lleva largo tiempo en el debate público, en los legisladores (más allá de que la reforma penal de 2010 introdujo algunas mejoras al respecto) y la capacidad de algunos grupos de víctimas para impulsar cambios en el tratamiento penal del terrorismo o de los delitos sexuales.

– Situación 3. La información mediática como ruido de fondo: sin duda, es un caso mucho más frecuente. Se trata de aquellos supuestos en los que los medios de comunicación sacan a la luz una información supuestamente escandalosa sobre un problema de desviación social, pero, por falta de interés del resto de los agentes políticos, el tema mantiene la atención del público durante unos pocos días, nunca llega a suscitar un auténtico debate público al respecto y es sustituido con rapidez por otro tema que concita el interés de la audiencia. En estos casos, los procesos de toma de decisiones político-criminales se lleva a

cabo con un relativo aislamiento respecto a la información que aparece en los medios de comunicación.

Los ejemplos de esta situación son numerosos: la trata de seres humanos, la explotación laboral, los abusos sexuales dentro de la familia... Todos ellos son problemas de desviación social que aparecen y desaparecen de los medios de comunicación, y prácticamente nunca llegan a producir un efecto político apreciable.

– Situación 4. Desatención de los medios a ciertos casos y problemas de desviación social: este es el supuesto más frecuente de todos: hablamos aquí de grupos enteros de casos y/o de problemas a los que, por desconocimiento o desinterés (o porque consideran que no son casos o problemas de interés periodístico o de interés público), los medios de comunicación no prestan ninguna atención. En esta situación, los debates político-criminales mantienen el aire elitista que les ha caracterizado a lo largo de la mayor parte de la historia.

Así ocurre, entre otros, con la abrumadora mayoría de los delitos medioambientales o los casos de discriminación de personas migrantes.

## 8. CAMPAÑAS MEDIÁTICAS Y PARTIDOS POLÍTICOS

Hasta aquí he examinado el papel que cumplen los medios de comunicación a la hora de difundir mensajes en torno a problemas de desviación social y de gobernanza de los mismos, así como la interacción entre medios de comunicación y los agentes políticos que con mayor frecuencia interactúan con ellos, los grupos de presión. He intentado señalar las limitaciones del poder ideológico de los medios, que por sí solos rara vez logran producir algún efecto inmediato en el debate político-criminal y que solamente consiguen causarlo en escasas ocasiones, concretamente en aquellas en las que se alían con algún grupo de presión con capacidad suficiente como para formular análisis y propuestas y para intentar captar apoyos políticos (de los partidos y de las instituciones estatales) en favor de las mismas.

Por supuesto, la aptitud de todas estas actuaciones para incidir en el debate político depende, en buena medida, de la porosidad del sistema político a las iniciativas sociales que los medios de comunicación y los grupos de presión pretenden liderar y promover a través de la comunicación y el ejercicio de su influencia. En una sociedad pluralista y un sistema político democrático, no cabe duda de que, por definición, debe existir una interacción entre la esfera pública (la sociedad), los partidos políticos y las instituciones estatales.

Ahora bien, el hecho de que exista interacción no necesariamente quiere decir que la influencia de la esfera pública sobre los partidos, sus líderes y las instituciones gubernamentales resulte siempre exitosa. Por el contrario, la evidencia empírica parece demostrar que las cosas son más complicadas. Por varias razones:

– Los partidos políticos y sus líderes se inquietan siempre ante cualquier suerte de ruido mediático (en materia penal como en cualquier otra esfera). Ahora bien, esto no quiere decir que, si el ruido no es persistente y, sobre todo, si no va acompañado de una campaña de influencia (con análisis y propuestas), acabe influyéndoles y condicionándoles para que

impulsen iniciativas o adopten decisiones, dado que, en el ámbito político, el ruido mediático es sobreaabundante; además, la experiencia muestra que la mayoría de los mensajes son muy perecederos y se olvidan en un escaso intervalo de tiempo.

– Pero incluso cuando algún grupo de presión, o una coalición de ellos, intenta aprovechar noticias o mensajes de los medios de comunicación para sus propias campañas, nada garantiza que su estrategia tenga éxito, justamente porque existen serios riesgos de que las campañas comunicativas se diluyan en el ruido mediático y no alcancen a sus destinatarios (líderes políticos), o al menos no con la intensidad suficiente como para conmoverlos. De hecho, parece más bien que la estrategia preferida de los grupos de presión es la aproximación discreta a los partidos y líderes políticos y que solo cuando esta táctica no resulta posible (porque la relación entre el grupo de presión y el partido que gobierna es mala o distante) o ha fracasado, optan por recurrir a la comunicación a través de los medios. Precisamente porque es esta una estrategia subóptima, un *second best*, con escasas garantías de éxito.

– En los debates político-criminales, el papel de los grupos de presión es el de oferentes (de análisis y propuestas) y el de los partidos políticos y sus líderes el de demandantes. Ahora bien, como todo demandante, los partidos políticos no están dispuestos a adquirir cualquier cosa o hacerlo a cualquier precio. Así, por una parte, los análisis y propuestas que aportan los grupos de presión pueden resultar más o menos afines a la identidad político-cultural del partido, bien sea por su contenido, bien por su procedencia. De manera que hay propuestas que difícilmente pueden ser aceptadas por el partido para incorporarlas a su programa, cualquiera que sea la intensidad de la presión mediática a la que sean sometidos.

Además, las propuestas no son aceptadas por los partidos a cualquier precio, sino valorando los costes (electorales) de incorporarlas a su programa. De manera que, incluso allí donde existe una afinidad de partida entre grupo de presión oferente y partido demandante de propuestas, la negociación resulta casi siempre inevitable. En este contexto, el rol de los medios de comunicación (cuando van de consuno con algún grupo de presión) consiste incrementar los costes electorales para el partido que es objeto de presión en el caso de que no acepte la propuesta que le ha sido ofrecida. Sin embargo, nada garantiza que tal efecto electoral se produzca: el éxito de la estrategia depende de la capacidad de los medios para influenciar a los votantes —actuales o potenciales— del partido, de la sensibilidad de los mismos hacia el tema en cuestión, de las expectativas electorales del partido, etc.

En síntesis, puede afirmarse que el alcance político a corto plazo de la acción de los medios de comunicación en materia político-criminal es esencialmente contingente y difícil de predecir, puesto que depende de cada momento y lugar, así como del estado del sistema político en cada uno de esos momentos y lugares. A este respecto, los medios son, principalmente, herramientas propagandísticas de los grupos de presión. Aunque tampoco son unas herramientas sumisas: tienen su propia agenda (comercial y política), por lo que las alianzas entre unos y otros serán generalmente de corto alcance. Que la actividad propagandística de las alianzas entre los medios y los grupos de presión sobre la vida política produzca efectos en los partidos, hasta el punto de modificar sus programas o las políticas que promueven en el seno de las instituciones estatales, no es frecuente: solamente cuando

existe una afinidad muy intensa entre grupo de presión y partido, o en el supuesto en el que partido se encuentra en una situación de gran debilidad (supuesto en el que, por cierto, es improbable que logre —al menos a corto plazo— modificar las políticas públicas), la acción del grupo de presión a través de los medios de comunicación puede tener un efecto decisivo. No en otro caso.

## 9. LA INCIDENCIA A LARGO PLAZO DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN LA ESFERA PÚBLICA

De cualquier modo, esto no debería llevarnos a despreciar el rol de los medios de comunicación en los debates político-criminales. Y ello porque, más allá de este efecto político inmediato (y contingente), en las sociedades contemporáneas, especialmente en ámbitos en los que —como ocurre con los asuntos que nos ocupan, el conocimiento directo del público es escaso—, los medios cumplen una función que tiene efectos mucho más duraderos: construir las representaciones comunes (más o menos realistas, más o menos imaginarias) de la realidad social. En lo que aquí nos interesa: los medios construyen las representaciones de la realidad de la desviación social y, en el caso de que determinen que alguna de sus manifestaciones constituye un problema que hay que resolver políticamente, elaboran diagnósticos sobre sus causas y plantean las soluciones que el Estado puede aportar.

En efecto, en mi opinión, el principal papel que cumplen los medios de comunicación en el plano político (más allá de participar, esporádicamente, en las campañas políticas) consiste en acotar los límites de las razones públicas, de aquellas razones que se admite que pueden ser esgrimidas en el debate político, hasta el punto de que aquello (argumentos, análisis, propuestas) que no tiene cabida en los mensajes de los medios de comunicación difícilmente es utilizado (y, si lo es, admitido) como razón en dicho debate.

Me parece que es este, precisamente, el efecto más patente y duradero de los medios de comunicación en el debate político (y político-criminal), el que más nos tiene que preocupar, aunque sea un efecto a medio y largo plazo: la capacidad de los medios para seleccionar (y, por consiguiente, también para discriminar) categorías de ideas, incluyéndolas o excluyéndolas de la esfera pública en la sociedad democrática. Por supuesto, la exclusión no es absoluta, pero sí una manifestación palpable del poder ideológico de los medios de comunicación: quien no consigue introducir sus ideas en los medios de comunicación, tiene serias dificultades para que estas accedan a la esfera pública (entendida al modo de Habermas, 1981); en todo caso, incluso si lo logra, difícilmente conseguirá que sean escuchadas en las mismas de condiciones que lo son otras.

Es decir, los medios de comunicación constituyen una de las principales herramientas para acotar el ámbito de lo decible. O, cuando menos, de lo comúnmente aceptable. Por ello, más allá de su papel político inmediato, su capacidad para incluir o excluir a sujetos y mensajes en la configuración del debate político (y político-criminal) es lo que hace que su función en el mismo sea tan importante.



## 10. TRES PROBLEMAS PRÁCTICOS PENDIENTES

Si todo lo anterior es cierto, entonces las cuestiones de índole práctica que es preciso resolver (porque siguen sin estar resueltas) son tres:

i) Una cuestión política: el derecho de acceso a los medios de comunicación. Aunque en los Estados democráticos la libertad de los periodistas y de las empresas periodísticas frente a interferencias estatales está generalmente garantizada (no lo está tanto, en cambio, la protección de los periodistas frente a las interferencias de su propia empresa), la igualdad de acceso a los medios sigue constituyendo un asunto pendiente de resolver. Es esta una batalla de importancia capital en muchos ámbitos y, por las razones que más arriba se han explicado, la política criminal es uno de ellos. Es preciso, pues, luchar para garantizar el acceso de todos los discursos y de todos los sujetos relevantes a los debates político-criminales de nuestra esfera pública. Y, para la consecución de este objetivo, seguramente son necesarios cambios legales y compromisos institucionales.

ii) Una cuestión de ética y calidad profesional: la formación de los periodistas. Necesitamos reflexionar sobre la manera en la que se forma (o no) a los periodistas en cuestiones relativas a la desviación social, así como sobre el modo en que los medios deciden sobre el enfoque que dan a sus informaciones sobre estos temas. Esto exige una evaluación de la situación actual y la elaboración de guías de actuación que progresivamente modifiquen determinadas pautas de comportamiento para que ciertas prácticas (sensacionalismo, racismo, clasismo, sexismo, falta de respeto por acusados y víctimas, etc.) hoy demasiado frecuentes sean percibidas como prácticas inadmisibles (éticamente inadmisibles). Se trata de un objetivo equiparable al que, por ejemplo, se viene impulsando desde hace tiempo con el fin reducir el sexismo en los medios.

iii) Una cuestión de estrategia comunicativa. Los movimientos críticos con el punitivismo, necesitamos más expertos y más asociaciones que sean capaces de utilizar los medios de comunicación (con todas sus limitaciones) para llamar la atención sobre casos y problemas de desviación social diferentes, así como para transmitir nuevas ideas sobre casos y problemas más tradicionales. El logro de este objetivo pasa por la formación en técnicas de comunicación y por la existencia de los recursos necesarios para ello.

## BIBLIOGRAFÍA

- BAL, Mieke (1985): *Teoría de la narrativa (Una introducción a la narratología)*, trad. J. Franco, Madrid: Cátedra.
- BLANCO, Luisa (2007): «Aproximación al paralenguaje», *Hesperia*, 10, 83-97.
- CRYLE, Peter y Elisabeth STEPHENS (2017): *Normality. A Critical Genealogy*, Chicago, Londres: University of Chicago Press.
- ERICSON, Richad V., Patricia M. BARANEK y Janet B. L. CHAN, (1991): *Representing Order. Crime, Law, and Justice in the News Media*, Toronto: University of Toronto Press.
- EVANS, Vyvyan y Melanie GREEN (2006): *Cognitive Linguistics. An Introduction*, Edimburgo: Edimburgh University Press.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes (2008): «El discurso mediático sobre la delincuencia y su incidencia en las reformas penales», *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 18, 39-65.

- GROUPE μ (1993): *Tratado del signo visual*, trad. M. Talens Carmona, Madrid: Cátedra.
- HABERMAS, Jürgen (1981): *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona: Gustavo Gili.
- JEWKES, Yvonne (32015): *Media & Crime*, Los Angeles, Londres, Nueva Delhi, Singapur, Washington: Sage.
- MANN, Michael (1991): *Las fuentes del poder social*, tomo I, trad. F. Santos Fontenla, Madrid: Alianza Editorial.
- MAYR, Andrea y David MACHIN (2012): *The Language of Crime and Deviance*, Londres, New York: Continuum.
- McQUAIL, Denis (62010): *McQuail's Mass Communication Theory*, Los Angeles, Londres, Nueva Delhi, Singapur, Washington: Sage.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel (2016a): «La estructura de poder en el procedimiento legislativo español» [en línea] <<http://josemanuelparedes.blogspot.com/2016/07/la-estructura-de-poder-en-el.html>>. [Consulta: 24/9/2018.]
- (2016b): «Punitivismo y democracia: las “necesidades sociales” y la “voluntad popular” como argumentos político-criminales», *Libertas*, 4, 153-202.
- PRATT, John (2007): *Penal populism*, London, Nueva York: Routledge.
- SASSON, Theodore (1995): *Crime Talk. How Citizens Construct a Social Problem*, Nueva York: Aldine de Gruyter.
- SCHEUFELE, Dietram A. (2000): «Agenda-Setting, Priming, and Framing Revisited: Another Look at Cognitive Effects of Political Communication», *Mass Communication & Society*, 3 (2-3), 297-316.
- SOTO NAVARRO, Susana (2005): «La delincuencia en la agenda mediática», *Revista de Investigaciones Sociológicas*, 112, 75-130.
- SURETTE, Ray (42011): *Media, Crime and Criminal Justice*, Belmont: Wadsworth.
- VARONA GÓMEZ, Daniel (2011): «Medios de comunicación y punitivismo», *InDret*, 1/2011.
- VARONA GÓMEZ, Daniel y Norman GABARRÓN (2015): «El tratamiento mediático de la violencia de género en España (2000-2012): agenda setting y agenda building», *InDret*, 2/2015.
- WYKES, Maggie (2001): *News, Crime and Culture*, Londres: Pluto Press.

**Fecha de recepción: 3 de octubre de 2018.**

**Fecha de aceptación: 8 de noviembre de 2018.**



¿MÁS CALOR QUE LUZ? VICIOS Y VIRTUDES DE LA PUBLICIDAD DE LA INFORMACIÓN  
EN LA POLÍTICA CRIMINAL  
MUCH MORE HEAT THAN LIGHT? VICES AND VIRTUES OF PUBLICITY OF INFORMATION  
WITHIN THE CRIMINAL POLITICS

*Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno*  
*Profesor Titular de Derecho penal*  
*Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN

La publicidad de la información suele considerarse una precondition para la elaboración de buenas políticas públicas. En política criminal, sin embargo, no parece arrojar resultados positivos. Partiendo de un episodio real, el artículo muestra cómo los incentivos de las distintas formaciones políticas y de los productores de información confluyen en una forma defectuosa de publicidad y en una no mejor reacción política frente a esta (apartado 1); a continuación se describen los efectos de los fenómenos anteriores en la evolución político-criminal de las últimas décadas (apartado 2); finalmente, se analiza el papel primigenio de la legislación simbólica, se resalta la importancia del procedimiento legislativo como mecanismo moderador de algunos problemas y se critica la falta de interés al respecto de buena parte de la doctrina penal, centrada en el papel de guía de la decisión de juzgadores/as ideales, proponiéndose una ampliación del objeto de la disciplina (apartado 3).

PALABRAS CLAVE

Política criminal, medios de comunicación, legislación simbólica.

ABSTRACT

Publicity is usually seen as a precondition for healthy public policy. In crime policy, however, its contribution seems to be predominantly troublesome. Based on a true episode, the paper shows how the incentives of both political organizations and information producers converge in a defective kind of publicity and an equally flawed reaction to it (section 1); next, a description of the effects of these phenomena on crime policy in the last decades is advanced (section 2); finally, pointing the main role played by symbolic legislation on this process, the paper stresses the importance of the study of legislation as a process and not just a product, and takes criminal law theory to task for not paying enough attention to it, proposing a broadening of the subject matter of our discipline (section 3).

KEY WORDS

Crime policy, mass media, symbolic legislation.

# ¿MÁS CALOR QUE LUZ? VICIOS Y VIRTUDES DE LA PUBLICIDAD DE LA INFORMACIÓN EN LA POLÍTICA CRIMINAL

Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno\*

Profesor Titular de Derecho penal  
Universidad Complutense de Madrid

**Sumario:** 1. El tratamiento informativo de la política criminal y sus consecuencias políticas: una observación participante. 2. La publicidad de la información en la política criminal: ¿desinfectante o tóxico?. 3. La legislación simbólica como punto clave y el mejorable desempeño de la doctrina jurídico-penal. Nota. Bibliografía.

## 1. EL TRATAMIENTO INFORMATIVO DE LA POLÍTICA CRIMINAL Y SUS CONSECUENCIAS POLÍTICAS: UNA OBSERVACIÓN PARTICIPANTE

Hacia las 23.30 horas del martes 21 de diciembre de 2010 recibí una llamada en la que mi interlocutor me convocaba con urgencia a una reunión de asesores del ministro de Justicia que se celebraría a primerísima hora del día siguiente. El motivo era el anuncio (la filtración) que había llegado a las dependencias ministeriales de que, precisamente al día siguiente, el diario *El Mundo* iba a publicar una noticia titulada «El Código Penal de Caamaño excarcela a miles de narcos».

El título que finalmente apareció publicado era algo menos impreciso: «El Código penal de Francisco Caamaño baja las condenas de miles de narcos»<sup>1</sup>. Lo que se había filtrado era, en realidad, una mezcla del título y del subtítulo de la noticia finalmente publicada; el texto del ominoso subtítulo era el siguiente: «A partir de mañana, comenzarán las excarcelaciones tras la revisión de oficio de las penas de 6000 reclusos».

\* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto I+D+I del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad «Criminología, evidencias empíricas y política criminal. Sobre la incorporación de datos científicos para la toma de decisiones en relación con la criminalización de conductas» (DER 2017-86204-R).

La situación generó tal estado de zozobra (¿pánico?) que una de las personas integrantes del gabinete de asesores, doctor en Derecho y con plaza de profesor en una prestigiosa universidad pública, llegó a proponer que se solicitara el secuestro de la publicación (propuesta, todo hay que decirlo, que fue inmediatamente rechazada porque se consideró que era constitucionalmente absurda y políticamente contraproducente). En medio del revuelo, me llegó un SMS de mi madre. En él me informaba de que, si bien era perfectamente consciente de que nunca juego a la lotería, me había comprado un número para el sorteo de navidad «de mañana». Respiré aliviado. En mi opinión, y así se lo dije al director del gabinete asesor, lo único que había que hacer era aguantar el tipo hasta la hora en la que los niños y las niñas del Colegio de San Ildefonso comenzaran a cantar los números. A partir de ese momento, dejaríamos de ser noticia de primera plana y podríamos hacer frente a la cuestión con un mínimo de rigor, explicando el verdadero alcance de la medida a la que la noticia aludía de forma tan burda como desinformada, que no era otra que la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 368.2 del Código Penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010.

Así, podríamos explicar que, dado el tenor literal de la disposición aprobada, las personas afectadas favorablemente en ningún caso podrían ser «narcos», si con tal término el rotativo pretendía hacer referencia a las personas, jefes o no, integrantes de una organización delictiva dedicada, incluso esporádicamente, al tráfico de drogas ilícitas. Con intención tanto política y autointeresada como institucional e informativa, podríamos también señalar que la medida había sido solicitada de forma expresa por la Sala Segunda del Tribunal Supremo un lustro atrás, que, de forma del todo inusual, llegó a proponer en alguna de sus sentencias un texto específico muy similar (de hecho, son casi como dos gotas de agua) al que finalmente se aprobó. Es preciso subrayar que el objetivo de la disposición era evitar el sinsentido de la regulación entonces vigente, que obligaba a enviar a prisión incluso a delincuentes primerizos que no pertenecían a una organización delictiva y que traficaban con cantidades menores, hasta de muy pocos gramos.

Finalmente, ni siquiera hizo falta esperar la intervención salvadora de las niñas y los niños de San Ildefonso. En la misma mañana del día anterior a la entrada en vigor de la reforma del Código Penal, una muy conocida atleta declaraba ante el Juzgado de Instrucción número 24 de Madrid como investigada en la denominada «Operación Galgo» (una causa que sería luego sobreseída en lo que respecta a la atleta y que, finalmente, fue archivada). La carnaza penal estaba ahora en otro lugar, que era mucho más fácilmente gestionable: cualquier pregunta al ministro sobre esa cuestión habría sido contestada con una escueta declaración que incluiría la referencia al necesario respeto a la separación de poderes, al hecho de que el asunto estaba *sub judice* o, probablemente, a ambas cosas.

Ocho años después, el lector que consulte la hemeroteca podrá comprobar que la noticia relativa al trato favorecedor a 6000 narcos sigue ahí sin modificación alguna (y no es por respeto a la historia: otras noticias, incluida la referida a la exatleta, aparecen con modificaciones introducidas en días ulteriores). Sin embargo, casi cuesta encontrarla, dado que en el elenco informativo de aquel día ocupaba un lugar casi marginal; por otra parte, esa misma mañana la noticia quedó preterida en beneficio de las informaciones sobre el

reparto de la lotería y sobre otras cuestiones, entre ellas —y además de la referida a la «Operación Galgo»— dos noticias de relevancia penal: la «absolución» de un conocido empresario por el Tribunal Supremo con base en la prescripción del delito y la condena a cadena perpetua de militares represores en Argentina.

El relato de este episodio no tiene (no puede tener) pretensiones de generalizadoras, pero tampoco debe ser considerado una mera anécdota, un ítem más a añadir a la extensa lista de casos en los que los profesionales de la información tratan con ligereza y/o irresponsabilidad las cuestiones relativas a la política criminal. En términos prácticos, lo relatado ni siquiera es un evento particularmente significativo, toda vez que finalmente no se tomó ninguna medida (por esta razón, precisamente, la he escogido como ejemplo). La utilidad del relato, entiendo, radica en la claridad con la que pone en evidencia algunos aspectos que contribuyen a explicar la problemática relación entre la política criminal y la publicidad de la información.

En primer lugar, y hablando con el beneficio del paso del tiempo, parece claro que se produjo una sobrerreacción. Al menos en esa ocasión, era relativamente sencillo dar respuesta a la información falsa que desde el periódico arriba citado se estaba ofreciendo de forma manifiesta (título: rebajas de pena para narcos), pero también algo menos explícita (subtítulo: excarcelaciones; al no especificarse de quién, el texto invitaba a pensar que de los mismos narcos de los que se venía hablando). Podría haberse dicho que la medida legislativa en cuestión no alcanzaba a integrantes de organizaciones criminales y que su adecuación quedaba acreditada por el aval (de hecho, por la solicitud y propuesta) del órgano ubicado en la cúspide del poder judicial penal, la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En política criminal, muchas otras situaciones demandan explicaciones más complejas, difíciles de pormenorizar de pie frente a un corro de vociferantes reporteros blandiendo micrófonos. Pero en este caso, la explicación podía encapsularse en un mensaje informativo de menos de 20 segundos (el lector puede intentarlo).

La excesiva preocupación se explica por el temor a que se generara un pánico moral en sentido criminológico, junto con los efectos del sesgo de la confirmación y, principalmente, por el eventual el aprovechamiento de ese escenario por parte de rivales políticos completamente despreocupados de la sustancia pero dispuestos a beneficiarse del ruido en la materia.

En cuanto a la posibilidad de generación de un «pánico moral», es bien sabido que esta se incrementa de forma relevante cuando el objeto o la situación a temer no es un problema sin cara humana —*v. gr.* una enfermedad o un problema informático de consecuencias internacionales (recuérdese, si se alcanza, el temido «efecto 2000»)—, sino un «diablo popular» (Cohen 1972; Ben-Yehuda y Goode <sup>2</sup>2009). Y no hay duda de que pocos actores sociales tienen más puntos para hacerse acreedores de ese título que los difusamente denominados «narcos». Por tanto, no resulta difícil presagiar un escenario en el que en el imaginario popular se pasara de la imagen inicialmente propuesta de 6000 narcos con penas rebajadas (¿y excarcelados?) a otra con muchos más narcos (¿12.000? ¿18.000?), todos ellos, por supuesto, excarcelados (y, quizás, burlonamente sonrientes).

En lo que respecta al sesgo de la confirmación, como bien saben quienes se dedican al estudio de la psicología cognitiva (Kahnemann, 2011: Cap. 7) y la epistemología social (Solomon, 2014), pero también los analistas de la llamada «posverdad», este dificulta sumamente la reversión cognitiva a la situación real una vez que una falsedad se instala en el imaginario individual o colectivo. El sesgo de la confirmación hace que la información que desmiente lo que ya se ha llegado a creer se evalúe a la baja, llegando a descartarse, al tiempo que se sobrevalora la información favorable a la propia creencia en lo que respecta tanto a su credibilidad como a su alcance. Ello implica que, una vez asentada la falsa creencia generada por el pánico moral, quien quiera presentar la cuestión en términos empíricamente adecuados deberá remar río arriba.

El elemento final, y decisivo, es el temor al uso partidista de la situación por otras formaciones políticas. Se trata, vaya por delante, de un temor justificado no solo con base en la experiencia sobre la conducta de otras formaciones —rica en ejemplos—, sino incluso de la propia. El partido en el poder ha estado antes en la oposición y sabe que su currículum en la materia no es esencialmente distinto al de quienes tiene enfrente en este tipo de situaciones.

Por un lado, en su día propuso recetas sencillas para problemas complejos de los que sabía más bien poco; es de lamentar que, casi medio siglo después, siga siendo válida la genial descripción de Morris y Hawkins en 1970 sobre el modo en que políticos a los que jamás se les ocurriría hacerse pasar por expertos en bioquímica o astrofísica no tienen el menor reparo en ir de puerta en puerta vendiendo panaceas para combatir el delito; por otro lado, cuando ofreció sus remedios desde la oposición muy probablemente el partido ahora en el poder lo hizo con total prescindencia de consideraciones presupuestarias, como si los euros necesarios para sufragarlos estuvieran inmediata e infinitamente disponibles y la satisfacción de finalidades político-criminales no entrara en competición con la de otras necesidades sociales.

Ante esta situación, no resulta infrecuente que el partido político o departamento ministerial en cuestión entre en su propio pánico moral y sobreactúe, en no pocas ocasiones arropado por su también personalizada «técnica de neutralización». Estas racionalizaciones alivian las dudas creadas por las normas éticas y sociales y tienen efectos tanto *ex ante*, facilitando mentalmente la comisión del delito, como *ex post*, posibilitando el mantenimiento del propio autoconcepto; y en muchas ocasiones se apoyan en justificaciones y pretextos referidos a determinados contenidos del ordenamiento jurídico positivo o a las razones subyacentes a los mismos (Sykes y Matza, 1957; Maruna y Copes, 2005). En este caso, la racionalización vuela en paralelo a la eximente incluida en el art. 20.4 del Código Penal. Otros partidos utilizan táctica e ilegítimamente la situación problemática como herramienta de agitación y fingen que la solución es fácil, aunque son bien conscientes de que no es así. No hay otra salida (parece pensarse): ante la agresión política injusta, política criminal simbólica. Esto es: medidas que se sabe que no van a tener efectos o, al menos, no aquellos efectos por los que se declara su adopción.



## 2. LA PUBLICIDAD DE LA INFORMACIÓN EN LA POLÍTICA CRIMINAL: ¿DESINFECTANTE O TÓXICO?

En su celeberrima loa a la publicidad, Brandeis (1913) escribía que esta «[...] es con justicia alabada como remedio para las enfermedades sociales e industriales. Se dice que la luz del sol es el mejor desinfectante, la luz eléctrica el policía más eficiente». Siguiendo la primera parte de la afirmación (las pruebas sobre la adecuación de la iluminación artificial como medida de prevención del delito son algo menos contundentes), cabe señalar que, actualmente, la disponibilidad de información por la ciudadanía se considera con razón un remedio para una gran cantidad de males sociales. Al parecer de muchos, incluyendo nuestro Tribunal Constitucional, es de hecho un elemento indispensable para la democracia: no solo es imprescindible para la existencia de una ciudadanía informada, sino también un presupuesto del buen funcionamiento de las instituciones y políticas públicas democráticas. Sin embargo, hay un ámbito concreto en el que la disponibilidad de información pública no parece haber ayudado mucho al desarrollo de buenas prácticas: la política criminal. En esta materia, son incontables los análisis rigurosos que muestran que la publicidad dada a eventos relativos la política criminal solo en muy pocas ocasiones mejora la situación y que la mayoría de las veces la empeora.

Quizás el ejemplo más espectacular sea el episodio de Willie Horton y su importante (si no decisiva) influencia en las elecciones presidenciales de EE. UU. en 1988. A la vista de los sondeos desfavorables, el Partido Republicano cargó sobre el candidato del Partido Demócrata —Michael Dukakis— en muy diversos frentes, pero no consiguió hacer auténtica mella en su candidatura hasta que vio la oportunidad de instrumentalizar un episodio delictivo ocurrido en Massachusetts, el estado del que era gobernador Dukakis. El Partido Republicano se cebó en el homicidio de una mujer y la detención ilegal de su esposo cometidos por Willie Horton, un recluso al que se le había concedido un permiso de unos días como parte de un programa de prevención implementado en Massachusetts y orientado a la reinserción social. Más tarde se demostraría que, a pesar de sucesos como el protagonizado por Horton, el programa fue globalmente efectivo y que redujo la reincidencia en la comisión de delitos graves. Sin embargo, esta información llegó demasiado tarde para Dukakis: este ya había perdido las elecciones, que ganó George H. W. Bush; la instrumentalización por el Partido Republicano de los delitos cometidos por Horton se considera «el suceso individual más decisivo en el fracaso de la campaña de Dukakis» (Krislow 1997: 115).

Nuevamente, el ejemplo no se presenta como anécdota, sino por su valor informativo sobre elementos clave en la problemática relación entre la política criminal y la difusión pública de la información. Las políticas públicas no pueden juzgarse únicamente por sus fracasos parciales, sino conforme a su saldo final de pérdidas y ganancias. Pero este saldo puede no ser conocido en el momento de dar la primera noticia y, en cualquier caso, si es positivo, no resulta tan noticiable. Mientras las víctimas reales de un delito son, en principio, identificables e individualizables, las personas que no llegarán a ser víctimas de un delito gracias al éxito de un plan de resocialización no lo son: puede publicarse la foto de la víctima, pero no la de quien no lo será; pueden recogerse y difundirse las declaraciones de pesar de los familiares de la víctima, pero no puede hacerse lo mismo con el sufrimiento

que se ahorra a los familiares de la persona que, gracias al éxito de la prevención, no resultará victimizada. La cuestión no es en absoluto específica de la política criminal: piénsese, a título de ejemplo significativo, en la importancia de la cuestión de las «vidas estadísticas» en las políticas de salud pública y, en general, en toda la bioética (Cohen, Daniels y Eyal, 2015). Sin embargo, la información parece tener más importancia en la política criminal que en otras áreas políticas públicas. Ahora bien, ¿de qué hablamos concretamente cuando nos referimos a la política criminal y al modo en que influye la disponibilidad pública de información en la materia?

Cuando hablo de «política criminal» me refiero a aquella actividad (y la disciplina que la estudia) que se encarga de los tres elementos que, según Sutherland (<sup>4</sup>1947: 3), conforman el objeto de la criminología: los procesos de definición de conductas como delito, los intentos de prevenirlas y, si la prevención fracasa, la reacción ante estas. Entiendo que asumir esta definición amplia resulta adecuado porque, como se verá, parte del problema de la política criminal tiene que ver con su reducción a las medidas penales (según la definición de la misma asumida por no pocos penalistas, que conciben la política criminal como la propuesta de *lege ferenda* en materia de Derecho penal). Partiendo de esta definición, una descripción necesariamente simplificadora de los efectos que la disposición pública de información sobre el delito ha tenido en las democracias europeas y norteamericana en las últimas cuatro décadas podría comprender los tres fenómenos siguientes:

i) Al hilo, o más bien al calor, de la publicidad selectivamente otorgada al fenómeno delictivo, o a su parte más escabrosa, se introducen tipos penales innecesarios, o necesarios pero mal contruidos. Algunos de ellos no llegarán a ser aplicados —o se aplicarán de forma muy fragmentaria—, y pasarán a engrosar las filas del Derecho penal simbólico; por el contrario, otros sí serán aplicados con frecuencia, lo que contribuirá al fenómeno de la expansión, real y no meramente simbólica, del Derecho penal. A pesar de que la evolución hacia la situación descrita ha sido explicada de diversas maneras, con distinto énfasis e importantes matices (Silva Sánchez <sup>3</sup>2011; Díez Ripollés, 2004; Felip i Saborit, 2011; García Magna, 2018), el fenómeno en sí y su magnitud no pueden ponerse en duda.

ii) Con la cortedad de miras que los estudiosos de ciencia política denuncian mediante el dicho «si tu única herramienta es un martillo, verás todos los problemas como clavos», la prevención de las conductas tipificadas se intenta conseguir por medio de la disuasión, con evidentes —pero no siempre explícitos— guiños a la incapacitación. Esto último, en el mejor de los casos, es decir, en Europa. Durante décadas, y especialmente a partir de la publicación de la influyente obra de James Q. Wilson ([1975] 1983), en EE. UU. se ha enfatizado el fracaso de las estrategias alternativas de prevención (disuasión y rehabilitación) y «siendo obligadamente realistas» se ha preconizado la incapacitación como finalidad y no solo como función (fáctica) de la pena. Todo ello, desde luego, prescindiendo por completo de la insistencia de la academia en las importantes limitaciones de tales estrategias (sobre la disuasión, *vid.* Robinson, 2012: Cap. 3; y, más matizadamente, Ortiz de Urbina, 2014; sobre la incapacitación, *vid.* Kleiman, 2009: Cap. 6).

Parte del problema tiene que ver con la ignorancia político-criminal de una gran mayoría de políticos. Este desconocimiento es, en principio, lógico, pues ni son ni tienen

por qué ser expertos en la materia, pero no es justificable que no se asesoren bien. Ocu- rre, sin embargo, que los políticos no son por completo responsables de esta situación: en demasiadas ocasiones, pude presenciar actuaciones de asesores que, sin duda, podrían considerarse constitutivas de «imprudencia por asunción». Y tampoco los mencionados asesores tienen toda la responsabilidad de este estado de cosas. Aboca a ella el apresurado funcionamiento del sistema y la mentalidad de fuerte sitiado que desarrolla el partido gobernante («están todos contra mí»). En este contexto, las prisas mandan y al asesor en materia político-criminal se le sobreexige en el seguramente autointeresado supuesto de que posee conocimientos olímpicos sobre todas las materias posibles: desde los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho comparado hasta los proble- mas de interconexión entre los sistemas informáticos del Estado y los de las Comunidades Autónomas y los de estas entre sí (por referirme a dos materias de las que, respectivamente, apenas nada sabía a mi llegada al Ministerio y sobre las que tuve que instruirme de forma acelerada). Desde la autocritica, puedo dar fe de que sustraerse a la corriente no resulta en absoluto fácil; en demasiadas ocasiones, no se consigue. Dado el número de ocasiones en que esto ocurre, parece poco probable que se trate de una cuestión o problema individual, que en cualquier caso sería curiosamente sufrido de manera generalizada por todo aquel que asume la función de asesor: parece más bien que el problema es de diseño institucional (lo cual, por supuesto, es compatible con la existencia de *apparatchiki* dispuestos a hacer lo que haga falta en beneficio, real o supuesto, de su partido).

Ahora bien, más allá de su ignorancia, la razón principal por la que los políticos se apoyan en una empobrecida versión de la disuasión es más simple: lo hacen porque, como muestran diversos estudios internacionales y el más importante realizado en nuestro país, la falta de disuasión por «la escasa dureza de las penas» es considerada la principal causa de la delincuencia por la ciudadanía (Varona, 2016: Cap. 1; aunque este autor habla de «opinión ciudadana no informada», dado el bombardeo informativo en la materia, estimo que resulta más adecuado hablar de «opinión ciudadana no *adecuadamente* informada»).

En realidad, la cuestión es algo más compleja, puesto que también son numerosos los estudios que reflejan que la ciudadanía entiende que el delito tiene causas socio-económi- cas (García Magna, 2018: 211). Creo, sin embargo, que la contradicción aparente se des- vanece si se interpreta que, a la hora de pronunciarse sobre ambas cuestiones, la ciudadanía lleva a cabo una diferenciación similar a la de las teorías criminológicas que distinguen entre delincuencia y delito: considera, por un lado, que las condiciones socioeconómicas son fundamentales para que emerja la proclividad delictiva, y, por otro, que la ausencia de incentivos negativos es decisiva para la comisión del delito como evento concreto.

*iii)* En un segundo paso, una vez entrada en vigor, la norma suele fracasar en su propó- sito disuasorio. Dada la extendida creencia de que el problema estriba en la insuficiencia de los incentivos negativos, se reacciona de forma normativa y no fáctica, esto es: no se reconoce fracaso alguno, sino que se insiste en la validez de la estrategia y en la necesidad de implementarla mostrando la seriedad de la amenaza. Es cierto que el modelo disuasorio siempre ha insistido en la necesidad de reaccionar a la infracción con la pena para mostrar

la seriedad de la amenaza, de forma que podría pensarse que la reacción sigue la lógica interna de este enfoque. Sin embargo, esto es solo parcialmente cierto.

No es este el lugar para desarrollar la cuestión con la profundidad que, por su importancia, merece. Baste aquí señalar que, para el modelo disuasorio, la imposición efectiva de la pena constituye un fracaso, puesto que el éxito sería que todo el mundo cumpliera y que no fuera necesario castigar a nadie (al margen y además de otras consideraciones, porque la pena estatal supone costes al erario público; a diferencia de otras formas de prevención, como la incapacitación, la disuasión no precisa la imposición de la sanción para triunfar (Kleiman, 2009: Cap. 6)).

Ahora bien: el fracaso es parcial, puesto que, como hemos visto, sancionar puede ser necesario para reafirmar la validez global del modelo. Pero solo «puede ser». Si ni siquiera la imposición del castigo consigue fomentar la disuasión, el fracaso ya no es parcial, sino absoluto. Y parece que esto es lo que sucede en nuestros sistemas de justicia penal, en los que la inicial falta de prevención mediante la disuasión lleva a reclamar la necesidad de castigos que, incluso tras ser impuestos en un no desdeñable número de casos, siguen sin conseguir un efecto disuasorio relevante.

En estas condiciones, lo razonable es admitir el fracaso de la estrategia disuasoria como mecanismo preventivo de alcance general y conferirle un papel a la vez más restringido (centrado en aquellos sectores de la delincuencia caracterizados por el mayor peso de la racionalidad, como la económica) y menos protagónico (complementario de otros factores preventivos de carácter social y personal). Por esta senda caminan precisamente algunos de los más interesantes desarrollos político-criminales basados en la nueva teoría de la disuasión (Kennedy, 2016), e incluso la que ha sido y aún es la corriente más denodadamente defensora de la disuasión: el análisis económico del Derecho (Donohue, 2007).

Sin embargo, la política criminal contemporánea no parece tener oídos para estos planteamientos. Por el contrario, ante el fracaso se reacciona con dureza y se judicializan un gran número de supuestos, tantos que resulta imposible procesar adecuadamente siquiera una fracción relevante. Se recurre entonces a sistemas formales e informales de gestión de la carga procedimental que buscan una pretendida «eficiencia», ignorando negligentemente que la noción de eficiencia es ambigua (Ortiz de Urbina, 2004) y, en su sentido instrumental, un concepto valorativamente ciego que se limita a poner en relación medios y fines sin evaluar la adecuación axiológica de unos y otros. Una medida efectiva solo podrá considerarse positiva en términos valorativos cuando consiga fines adecuados a través de la utilización medida de medios sin tacha. A la luz de los resultados a los que han llevado los mecanismos procedimentales con los que se diligencian los procedimientos, no parece que este sea el caso. El ejemplo-pesadilla extrema de lo anterior es, de nuevo, Estados Unidos, cuyo sistema de justicia penal está radicalmente orientado a fomentar la negociación coaccionada del acusado con la fiscalía (Husak, 2013: Cap. 1).

Como explican sólidos estudios en que interseccionan el Derecho penal y las ciencias sociales, en el desarrollo de la galería de horrores descrita tiene mucho que ver la inadecuada información suministrada por los medios sobre las cuestiones que tienen que ver con el fenómeno delictivo (Fuentes Osorio, 2005; García Arán y Botella Corral, 2009;

Beale, 1997 y 2006). Para agravar las cosas, estos efectos, además de intensos, parecen casi inevitables, hasta el punto de que desaniman incluso a los más bregados defensores de la participación ciudadana sustantiva en el gobierno de lo público: el más connotado exponente del republicanismo contemporáneo sorprendió a propios y extraños cuando expresó recientemente sus dudas sobre la «factibilidad política» del Derecho penal y planteó el sometimiento de la política-criminal a un sistema de decisión por agencias de expertos similar al de los bancos centrales (Pettit, 2002).

Sin embargo, no debe cundir el desánimo. Con seguridad, no todas las posibilidades de mejorar la situación tienen que ver con los aparentemente lejanos mundos de la producción y difusión comercial de información en nuestras sociedades, por un lado, y la política partidista, por otro. Algunas líneas de actuación tienen directamente que ver con nuestro quehacer como juristas. Antes de caer en el desaliento nostálgico y/o señalar con el dedo a los sospechosos habituales, ha de verificarse el estado de la propia casa.

### 3. LA LEGISLACIÓN SIMBÓLICA COMO PUNTO CLAVE Y EL MEJORABLE DESEMPEÑO DE LA DOCTRINA JURÍDICO-PENAL

Si volvemos al listado de desarrollos problemáticos de la política criminal actual presentado en el apartado anterior, puede comprobarse que, sin menospreciar otros factores, el punto clave es la legislación. En concreto, la proliferación de legislación simbólica, entendiendo por tal aquella que es aprobada con el objetivo de mejorar —o de que no empeoren— las expectativas electorales del impulsor de la reforma a sabiendas de que la ley en cuestión no va a cambiar realmente la situación fáctica y más allá de que finja creer que lo hará.

La legislación simbólica se diferencia, en este sentido, de la legislación expresiva, que no tiene efectos materiales, al menos no de forma directa, y lo que pretende es superar una situación que se percibe como axiológicamente injusta; se distingue también de la legislación penal directiva, que se aprueba para apoyar la actuación de normas sociales emergentes remarcando su importancia mediante el apoyo del Derecho penal. Si estos dos últimos tipos de legislación pueden ser considerados *prima facie* legítimos, aun cuando no pretendan generar efectos empíricos directos, la legislación simbólica no lo es, dado que supone en todo caso un fraude a la ciudadanía y, casi siempre, un derroche de los limitados recursos públicos. En su configuración actual, la legislación simbólica provoca problemas de saturación del sistema de justicia penal, problemas fundamentales si se tiene en cuenta que la estrechez de medios imposibilita dar una solución justa a los casos a decidir; además, aporta falsos remedios y, por ello, dificulta la consideración de otras medidas, muchas de las cuales resultarían, con total seguridad, más adecuadas.

Posiblemente, debido a la relativamente escasa producción normativa en la materia durante los primeros años de democracia, la doctrina penal —con alguna excepción como la de Rodríguez Devesa— tardó en percibir la magnitud e importancia de este fenómeno, sobre el que otros juristas advertían con contundencia a finales de los ochenta. Desde la

privilegiada perspectiva que le otorgaba su doble condición de letrado de las Cortes y catedrático de Derecho administrativo, Sáinz Moreno (1989: 37) denunciaba la situación afirmando que «es algo evidente y abrumador la gran cantidad de normas que se promulgan sin que exista la menor previsión sobre la posibilidad real de cumplirlas, e incluso, con la conciencia de que su contenido nunca se va a poder realizar, al menos en los términos utópicos en que han sido redactadas».

Sáinz Moreno escribía estas palabras el mismo año en que se publicó en Alemania la que a lo largo de los noventa sería considerada como obra de referencia sobre la legislación simbólica por la doctrina penal española (Voss, 1989). Es revelador del superficial interés que la cuestión despertaba en nuestra doctrina (de nuevo hay excepciones: *vid.* Cuerda, 1991) el hecho de que, al tiempo que se citaba con aprobación la obra de Voss, se obviarán los análisis más ceñidos a la realidad legislativa española como el de Sainz Moreno o el también coetáneo primer estudio de la cuestión realizado desde el prisma de la ciencia política (Capo, 1990).

Varias décadas después, la doctrina jurídico-penal sigue sin prestar suficiente atención a los procesos que conducen a la aprobación de las disposiciones penales y, de modo predominante, prefiere la labor dogmática de sistematización, interpretación y aplicación de los textos normativos una vez que estos ya han sido aprobados, esto es, cuando ya es demasiado tarde para evitar sus defectos. Esta opción no deja de resultar sorprendente en una doctrina que lleva años operando bajo la idea (¿o es tan solo un mantra?) de la orientación a lo político-criminal, dado que es evidente que el actor más importante en la materia es precisamente el legislador. Por lo general, los órganos que participan en el proceso de elaboración y aprobación de leyes no están *jurídicamente* sometidos a la presión de decidir en un determinado plazo de tiempo —a diferencia de los órganos judiciales— y, cuando excepcionalmente lo están, los plazos son lo suficientemente amplios como para no tener que ir con prisas, al menos si no se holgazanea (las quejas sobre premura en la transposición de obligaciones internacionales suelen carecer de justificación: las más de las veces, los plazos para incorporarlas al ordenamiento se cuentan en años). Además, salvo patología y aun cuando ya todos estamos de acuerdo en que su labor no consiste en ser autómatas de la interpretación, los órganos judiciales tienen que ceñir su labor al caso que tienen delante y su resolución a los límites marcados previamente por el legislador. Por el contrario, la labor de los órganos legislativos no está constreñida por los términos en los que se les presenta una concreta cuestión litigiosa y *pueden* pedir consejo a expertos en las más variadas materias tanto para obtener información como para ser asistidos en su procesamiento.

Del párrafo anterior es necesario retener los términos *jurídicamente* y *pueden*. Si no hay razones para dudar de la superioridad abstracta de las facultades de los órganos legisladores sobre los judiciales, tampoco se puede poner en duda que entre estas y su actualización hay una considerable distancia, así como numerosos factores que dificultan su recorrido. Lo puso de manifiesto Peter Noll en su imprescindible libro sobre la materia, texto en el que advertía que el legislador saca poco provecho de sus mayores posibilidades y afirmaba que «apenas es discutible que al legislador se le desorienta más veces que al juez» (Noll 1973: 94-95). La frase Noll es demasiado amable. En realidad, la dinámica política que caracteri-

za al parlamento en la actualidad no invita a pensar en la «desorientación» de sus integrantes, sino más bien en su adhesión a la política de la formación en cuyas listas fueron votados y en su excesivo sometimiento al criterio del partido. Vale aquí recordar —y compartir— la consternación con la que, hace unos años, un admirable catedrático de Derecho penal me contaba que, cuando fue recibido por un grupo parlamentario para discutir cuestiones político-criminales con ocasión de una importante reforma legislativa, sin ningún preámbulo se le informó de que dicho grupo era, literalmente, «el brazo armado del Gobierno».

Esta falta de aprovechamiento de las oportunidades por el legislador no hace prescindible el estudio de la teoría de la legislación; por el contrario, lo hace más necesario: la adopción de medidas para tratar de superar el desfase entre posibilidad abstracta y realización concreta no puede basarse en principios generales, por acertados que estos sean, sino en el conocimiento de los problemas y las condiciones estructurales de la realidad sobre la que se quiere intervenir, en este caso la actividad legislativa. Parece, sin embargo, que hasta hace poco la adquisición de este conocimiento no ha sido una de las prioridades de los juristas, entre ellos los penalistas, si bien no puede desconocerse que en los últimos años se han producido prometedores avances en nuestro país (sin ninguna pretensión de exhaustividad y por orden alfabético: Becerra Muñoz, 2013; Díez Ripollés, <sup>2</sup>2013; Nieto, Muñoz de Morales y Becerra, 2015; Paredes Castañón, 2013; Ríos Martín, 2017; Rodríguez Ferrández, 2016).

¿Qué frena el interés por el estudio y los resultados de la teoría de la legislación? Las razones son distintas para la academia y los órganos de la *praxis* legislativa. Comenzando por esta última, en las muy contadas ocasiones en las que consideran preciso satisfacer las exigencias de un mayor rigor en la producción legislativa, los partidos políticos recurren a una cobertura político-ideológica cifrada en la apelación a la soberanía parlamentaria, un «no me vengán con cuestiones académicas que aquí está hablando el pueblo soberano». En este punto, posiblemente debido a la «mentalidad de fuerte sitiado» y al temor a las dinámicas descritas en el primer apartado de este artículo, la política partidista se crea un enemigo a medida, en tanto desde la academia interesada en estas cuestiones (en absoluto mayoritaria) no se propone el salto de la democracia a la tecnocracia. El muy distinto programa a este respecto fue sucinta y adecuadamente enunciado hace ahora justo dos décadas por Díez Ripollés: «En ningún caso se pretende cuestionar o reducir las competencias del órgano constitucional en quien reside la soberanía popular. Se quiere simplemente asegurar que toda decisión legislativa vaya obligatoriamente precedida de rigurosos estudios previos, que suministren aquellos elementos cognoscitivos y valorativos que debieran estimarse imprescindibles a la hora de tomar tal decisión, cualquiera que esta finalmente sea» (Díez Ripollés, 1998: 49). Se trata, por tanto, de proporcionar elementos de juicio para que finalmente decida el único poder constitucionalmente legitimado para hacerlo, que es el legislativo.

La comprensión de lo que acaba de señalarse por parte del legislador supondría un gran avance. En numerosas ocasiones, los problemas no tienen que ver con que el legislador se proponga alcanzar metas axiológicamente grotescas, sino con la elección de opciones normativas que o bien son instrumentalmente inadecuadas para conseguir objetivos no pro-

blemáticos, o bien generan dificultades para otros objetivos también tenidos por valiosos. La proliferación de empresarios morales (nada atípicos) con intereses muy concentrados en materias relativamente acotadas —como pueden haber sido recientemente el deporte o la protección del medioambiente— no hace sino agravar estos problemas. Sin duda, en ocasiones el rol de empresario moral es asumido por juristas relevantes, como ocurre en el caso de las fiscalías especializadas o de la propia Fiscalía General del Estado. Pero, obviamente, su interés al asesorar es conseguir una regulación que facilite ulteriormente su labor. Se trata de un interés propio que no tiene por qué coincidir con el de la comunidad y que convendría pasar por el tamiz del juicio experto y subjetivamente no interesado.

También hay razones internas a la producción académica que comportan la postergación de la teoría de la legislación. Podría pensarse que el principal problema es el escaso interés de los propios académicos hacia los trabajos que versan sobre esta materia en contraste con el valor que atribuyen a los que tienen por objeto la teoría jurídica del delito, que, como describió un observador externo crítico, es considerada por muchos penalistas la «parte noble» y verdaderamente científica de la materia (Atienza, 1998). Pero incluso si esta observación es cierta (y así lo parece, aunque lo es en menor medida que cuando lo escribió Atienza), quedan al menos dos preguntas sin contestar: en primer lugar, la referida precisamente a las razones de esa dispar valoración; en segundo lugar, la relativa a la explicación de que otras partes de la materia —entre ellas, la penología o el estudio de la parte especial— han visto incrementado su prestigio en los últimos años, mientras que la teoría de la legislación no lo ha hecho, o lo ha hecho de forma sensiblemente menor.

Quizás lo que hace más apetecible la supuesta intervención sobre unos actores jurídicos (jueces y tribunales) y la postergación de otro (el legislador) sea que, en este último caso, la subordinación de la labor del jurista a la política es evidente. Si cuando se trata de asesorar al juez es más fácil permanecer en esa parte del terreno jurídico que se asocia a lo «científico» o a lo «técnico», en cuanto se entra en la arena política se percibe la necesidad de introducir reflexiones estrictamente instrumentales en el propio discurso. Esta circunstancia no parece gustar al jurista académico, acostumbrado a proclamar la mayor pureza de su actividad frente a la del legislador (y, en menor medida, a la del intérprete, cuyas restricciones también suelen ser poco tenidas en cuenta). Sin embargo, como señala críticamente Kuhlen (2000), es un error inferir de las diferentes condiciones de actuación y sus distintos criterios de valoración la superioridad moral de las tomas de posición de la doctrina penal. Por el contrario, en muchas ocasiones lo que ocurre es que estas últimas tienen menores implicaciones desde el punto de vista axiológico. La modificación de una única disposición puede tener efectos directos, inmediatos y muy poderosos sobre la vida de muchas personas. Por el contrario, un hallazgo en la teoría jurídica del delito nunca puede tener efectos directos (y, si llega a tenerlos, será por mediación de los actores judiciales o, en su caso, del legislador), razón por la cual tampoco podrán ser inmediatos; la experiencia histórica muestra, además, que los casos en los que un concreto avance en la teoría ha tenido relevantes efectos prácticos son muy escasos.

Lo anterior no se dice en modo alguno para tasar a la baja la posibilidad de influencia de la labor doctrinal. Por el contrario, soy consciente de que la doctrina tiene muy impor-



tantes efectos en el largo plazo. Lo que se pretende es precisamente aprovechar el saber doctrinal en momentos anteriores a la guía de la decisión judicial, dado que en ellos puede ser más fructífera.

Un último ejemplo ayudará a mostrar de qué se habla. Como puede comprobarse acudiendo al Boletín Oficial de las Cortes Generales de 27 de noviembre de 2009, la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la LO 5/2010 pudo no solo ser fallida (por incompleta), sino directamente negativa. De haberse aprobado el texto del proyecto de ley prematuramente enviado al Congreso por el Consejo de Ministros, España habría tenido el dudoso honor de ser el primer país cuyo ordenamiento jurídico penal castigara con pena básica y de aplicación obligatoria —en lugar de multa— las prohibiciones de actividad en esta materia.

Preocupados por esta y otras deficiencias de la regulación, un grupo de penalistas inició una labor de «grupo de presión intelectual» que tuvo eco en el interior del Ministerio de Justicia. El punto álgido llegó cuando, con muchas prisas y gracias a los tentaculares esfuerzos de Jacobo Dopico y otros académicos, se logró organizar un seminario con una nutrida participación de algunas de las mejores cabezas en la materia (Dopico, 2012).

Este seminario presentaba una característica poco usual que lo hacía especialmente atractivo para la reforma legislativa: el comité organización del encuentro académico declaró que su objetivo era influir en el legislador mediante el ofrecimiento de mejores soluciones para los problemas detectados en la regulación proyectada, pero (importante y decisivo «pero») sin cuestionar ni avalar la decisión de regular la responsabilidad jurídico-penal de las personas jurídicas. El objeto específico del seminario, por tanto, era la mejora técnica del proyecto de ley ya existente, prescindiendo (si se quiere, «a los meros efectos dialécticos») de la oportunidad e incluso de la constitucionalidad de la reforma.

En una de las primeras tomas de palabra, sin embargo, un por lo demás brillante catedrático afirmó que entendía que se estaba cercenando su libertad de expresión, puesto que quería hablar de la imposibilidad de considerar responsables penales a las personas jurídicas, cuestión que se había excluido del programa del seminario. La organización replicó que se trataba era de organizar un foro específico para abordar con premura algunas cuestiones concretas de un proyecto que, según informaba el Ministerio, «iba para delante», y con cierta velocidad, y en modo alguno cerrar discusiones académicas. Los organizadores tenían razón, y tuvieron éxito.

A pesar de que el proyecto que luego sería la LO 5/2010 se encontraba ya en discusión en la Comisión de Justicia, las opiniones y conclusiones de los participantes en el seminario tuvieron una gran relevancia para la aceptación (nada usual) por parte del grupo parlamentario que apoyaba al Gobierno de enmiendas transaccionales con otros grupos. Estas enmiendas cambiaron partes importantes del proyecto. Así, se instauró la multa como pena base, se introdujo la disposición de cierre del sistema que permite sancionar a la persona jurídica en los casos en los que no pueda individualizarse al responsable, una cláusula imprescindible para evitar la obstrucción de la investigación por la persona jurídica; se establecieron importantes límites a la posibilidad de imponer sanciones interdictivas, etc. Según las elocuentes palabras del portavoz en la Comisión de Justicia del referido grupo

parlamentario: «Hemos mejorado la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y le hemos dado casi la vuelta como a un calcetín, haciendo caso del conjunto de las propuestas de todos los grupos políticos» (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados nº 522, IX Legislatura, de 21 de abril de 2010, p. 17).

La regulación finalmente aprobada en 2010 seguía siendo insatisfactoria (vaso medio vacío). Sin embargo, se introdujeron importantes mejoras y ello se debió a la influencia de estos académicos y a la recepción de sus tesis por el Ministerio de Justicia y el grupo parlamentario (vaso medio lleno). Sea como fuere, es importante enfatizar que una intervención más temprana habría resultado más sencilla y habría tenido más alcance.

La ampliación de los espacios de colaboración con el legislador —limitando, en ocasiones, el elenco de los temas a tratar— responde a la necesidad práctica y no puede considerarse limitativa de la libertad de expresión o de cátedra (prueba de ello es que los principales críticos de la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas hayan seguido autorizando *Kampfschritten* en su contra). Ciertamente, uno puede y, de hecho, debe preguntarse dónde acabarán los réditos de la propia labor académica, y negarse a participar en proyectos de cuya inadecuación ética pueda sospechar. Pero también en este ámbito hay espacio para el matiz, y si bien no tiene sentido que alguien radicalmente contrario al establecimiento de un sistema de plazos en la ley que regula el aborto colabore en la mejora de la redacción de la norma, la mayor parte de las situaciones están lejos de soportar esta carga ética. Negarse a participar en la tarea de asesoramiento y guía al legislador porque este no vaya a seguir las propias opiniones aísla a la doctrina y perjudica la calidad de la legislación, que queda en manos de actores más parciales y usualmente menos preparados. Una lástima. Y un error a subsanar.

## NOTA

1. Disponible en: <<http://www.elmundo.es/elmundo/hemeroteca/2010/12/22/m/>>.

## BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel (1997): *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid: Civitas.
- (1998): «Virtudes judiciales. Selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho» *Claves de Razón Práctica*, 86, 32 y ss.
- BECERRA MUÑOZ, José (2013): *La toma de decisiones en política criminal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- BEN-YEHUDA, Nachman y Erich GOODE (2009): *Moral panics: the social construction of deviance*, Oxford: Blackwell.
- BEALE, Sara Sun (1997): «What's Law Got to Do With It: The Political, Social, Psychological, and other Non-Legal Factors Influencing the Development of (Federal) Criminal Law», *Buffalo Criminal Law Review* 1, 23 y ss.
- (2006): «The News Media's Influence on Criminal Justice Policy: How Market-driven News Promotes Punitiveness», *William and Mary Law Review*, 48, 397 y ss.
- BRANDEIS, Louis (1913): «What publicity can do», *Harper's Weekly*, 20 de diciembre.
- CAPO GIOL, Jordi (1990): *La legislación estatal en la España democrática. Una aproximación politológica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- COHEN, Glenn, Norman DANIELS y Nir EYAL (2015): *Identified versus Statistical Lives. An Interdisciplinary Perspective*, Nueva York, Oxford University Press.
- COHEN, Stanley (1973): *Folk Devils and Moral Panics. The Creation of the Mods and Rockers*, Routledge, Londres.
- CUERDA RIEZU, Antonio (1991): *El legislador y el derecho penal (una orientación a los orígenes)*, Ramón Areces, Madrid 1991.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (1998): «Exigencias sociales y política criminal», *Claves de Razón Práctica*, septiembre, 48 y ss.
- (2004): «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 6:3.
- (2013): *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid: Trotta.
- DONOHUE, John J. III (2007): «Economic Models of Crime and Punishment», *Social Research: An International Quarterly*, 74 (2), 379 y ss.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (dir.) (2012): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- FELIP i SABORIT, David (2011): «Observaciones a *La Expansión* 10 años después» en R. Robles y P. Sánchez-Ostiz (eds.), *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 65 y ss.
- FUENTES OSORIO, Juan Luis (2005): «Los medios de comunicación y el Derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes y Joan BOTELLA CORRAL (dirs.) (2009): *Malas noticias: Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA MAGNA, Deborah (2018): *La lógica de la seguridad en la gestión de la delincuencia*, Madrid: Marcial Pons.
- HUSAK, Douglas (2013): *Sobrecriminalización. Los límites del Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons.
- KAHNEMANN, Daniel (2011): *Thinking, Fast and Slow*, Nueva York: Farrar, Straus, Giroux. Nueva York.
- KENNEDY, David (2016): *Disuasión y prevención del delito. Reconsiderando la expectativa de pena*, Madrid: Marcial Pons.
- KRISLOW, Daniel (1997): «Ideology and American Crime Policy, 1966-1996: An Exploratory Essay», en L. M. Friedman y G. Fisher (eds.): *The Crime Conundrum. Essays on Criminal Justice*, Colorado, Westview Press, Colorado 107 y ss.
- KUHLEN, Lothar (2000): «Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit (Kommentar)». En A. Eser y W. Hassemer (eds.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, Munich: Beck, 57 y ss.
- MARUNA, Shad y Heith COPEL (2005): «Excuses, Excuses: What Have We Learned from Five Decades of Neutralization Research?», *Crime and Justice*, 32, 221 y ss.
- MORRIS, Norval y Gordon HAWKINS (1970): *The honest politician's guide to crime control*, Chicago-Londres: University of Chicago Press.
- NIETO, Adán, Marta MUÑOZ DE MORALES y José BECERRA (eds.) (2015): *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Madrid: Marcial Pons.
- NOLL, Peter (1973): *Gesetzgebungslehre*, Reinbeck: Rowohlt.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (2004): «Análisis económico del Derecho y política criminal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. extraordinario 2, 31 y ss.
- (2014): «El Derecho penal económico desde el análisis económico del Derecho: ¿es posible la disuasión?», en E. Demetrio (dir.): *Crisis financiera y Derecho penal económico*, Madrid, Edisofer, 113 y ss.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel (2013): *La justificación de las leyes penales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- PETTIT, Philip (2002): «Is Criminal Justice Politically Feasible?», *Buffalo Criminal Law Review*, 5 (2), 427 y ss.

- RÍOS MARTÍN, Julián (2017): *Cuestiones de política criminal: funciones y miserias del sistema penal*, Granada: Comares.
- ROBINSON, Paul H. (2012): *Principios distributivos del Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons.
- RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel (2016): *La evaluación de las leyes penales*, Madrid: Dykinson.
- SAINZ MORENO, Fernando (1989): «Antecedentes necesarios para pronunciarse sobre un proyecto de ley (art. 88 CE)», en Sáinz Moreno/Silva Ochoa (coords): *La calidad de las leyes*, Vitoria-Gasteiz: Parlamento Vasco, 17 y ss.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús (<sup>3</sup>2011): *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Montevideo: BdF.
- SOLOMON, Miriam (2014): «Social Epistemology in Practice», en N. Cartwright y E. Montuschi (eds.), *Philosophy of Social Science. A New Introduction*, Oxford: Oxford University Press, 249 y ss.
- SUTHERLAND, Edwin E. (<sup>4</sup>1947): *Principles of Criminology*, Chicago: Lippincott.
- SYKES, Gresham y David MATZA (1957): «Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency», *American Sociological Review*, 22 (6), 664 y ss.
- VARONA GÓMEZ, Daniel (2016): *El debate ciudadano sobre la justicia penal y el castigo: razón y emoción en el camino hacia un Derecho penal democrático*, Madrid: Marcial Pons.
- VOSS, Monika (1989): *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, Ebelsbach: Gremer.
- WILSON, James Q. ([1975] <sup>2</sup>1983): *Thinking about Crime*, Nueva York: Basic Books.

**Fecha de recepción: 3 de octubre de 2018.**

**Fecha de aceptación: 8 de noviembre de 2018.**



# POLÍTICA CRIMINAL FALSEADA Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN DISTORTED CRIMINAL POLITICS AND MASS MEDIA

*María Acale Sánchez*

*Catedrática de Derecho penal  
Universidad de Cádiz*

## RESUMEN

En este trabajo se analiza la tendencia de los últimos años del legislador español de fundamentar las reformas penales en las demandas punitivas de la sociedad; de esta forma se ha olvidado de que ese papel le corresponde a la Criminología en el marco de un sistema penal que persiga la protección de los bienes jurídicos de mayor relevancia para la sociedad. De esta forma, la opinión pública ocupa un lugar que sin embargo no es capaz de llenar: suministra al legislador líneas político criminales de regulación que no obedecen a las necesidades de tutela de los bienes jurídicos, sino a las demandas económicas de los medios de comunicación. De esta forma, se pone en riesgo la coherencia del ordenamiento jurídico. Esta crítica no es impedimento para resaltar simultáneamente la función de prevención general positiva que desempeñan los medios de comunicación cuando actúan con imparcialidad, objetividad y profesionalidad.

## PALABRAS CLAVE

Política criminal, demandas sociales, medios de comunicación, juicios paralelos, opinión pública, prevención general.

## ABSTRACT

In this work, the latest trend of the Spanish legislation of basing punitive reforms on societal demands is analyzed. In this way, the role of the role of Criminology in the framework of a penal system designed to protect legal goods has been forgotten. Public opinion has a role that it is not capable of filling: it supplies the political legislator with guidelines that do not follow traditional law, but rather follow the economic demands of mass media. In this way, it endangers the coherence of legal order. This observation is not intended to criticise the positive role that mass media has when it acts impartially, objectively and professionally.

## KEY WORDS

Criminal politics, social demands, mass media, parallel trials, public opinion, general prevention.

# POLÍTICA CRIMINAL FALSEADA Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN

María Acale Sánchez

Catedrática de Derecho penal  
Universidad de Cádiz

**Sumario:** 1. Política criminal y demandas sociales. 2. Los medios de comunicación como creadores de la opinión pública: la *agenda setting*. 3. Los juicios paralelos. 3.1. Planteamiento. 3.2. La *condena* de Isabel Pantoja. 3.3. La *condena* de La Manada. 3.4. La *condena* de Iñaki Urdangarín. 4. Los medios de comunicación y la prevención general. 5. Reflexiones finales. Notas. Bibliografía.

## 1. POLÍTICA CRIMINAL Y DEMANDAS SOCIALES

Las múltiples reformas que hasta el día de hoy ha experimentado el Código Penal desde su aprobación en 1995 ponen de manifiesto que el orden teórico existente en el seno del conjunto de las ciencias penales —en virtud del cual el Código Penal se nutre de propuestas de reforma elaboradas a partir de estudios criminológicos sobre los problemas sociales— está totalmente abandonado en la práctica política y judicial española. Basta leer las exposiciones de motivos de la leyes de reforma (simples «preámbulos» en las dos últimas de ellas) para constatar que ninguno de los cambios acometidos está fundamentado científicamente, aunque sea común encontrar en ellas constantes justificaciones sobre su constitucionalidad y sobre la necesidad de adaptar el Código a las indicaciones penales provenientes de la Unión Europea, que muchas veces se utiliza como pretexto más que como fundamento de las reformas interesadas que se aprueban (la LO 7/2003 es un claro ejemplo de esto). En este sentido, es fácil adivinar sus flaquezas: falta de rigor científico y de respaldo académico. Con esta base legal, no es de extrañar que frecuentemente los operadores jurídicos aleguen en sede judicial la contaminación de los procesos por los juicios paralelos que tienen lugar simultáneamente, dado que la sociedad no se limita a recibir una información, sino que la procesa y toma posiciones al respecto.

Paralelamente a la renuncia a la justificación científica, nuestras sucesivas mayorías parlamentarias se han limitado a reclamar su papel de transmisoras de la opinión de la mayoría de la sociedad, como si en democracia el mero procedimiento en virtud del cual se aprueban las leyes fuera suficiente para garantizar su constitucionalidad; este punto de vista soslaya que en un Estado social y democrático de Derecho no basta que la aprobación de normas se acomode al juego de las mayorías: el fruto del procedimiento democrático debe, además, ser «de Derecho», esto es, debe respetar el conjunto de reglas, principios y

garantías que inspiran al ordenamiento jurídico y particularmente al Derecho penal: de no ser así, la actividad legislativa consistiría en una suerte de autoconstatación ideológica en las formas y nada más. Actualmente, ser político en España consistiría simplemente en transmitir las opiniones de la sociedad, a diferencia de lo que sucedía en un pasado no muy lejano, en el que la clase política era la que «pensaba» y proponía modelos de regulación con los que solventar los problemas sociales (Díez Ripollés, 2004: 29).

Al margen de otro tipo de consideraciones, limitar el papel de la clase política al de mera transmisora de opiniones sociales es tanto como convertir a la opinión pública en la ideóloga que suministra las soluciones para atajar los asuntos relacionados con la criminalidad. El papel activo atribuido a la ciudadanía como generadora de opciones en materia criminal que han de ser atendidas por el legislador ha favorecido la ampliación de su papel: lejos de conformarse con recurrir a las urnas cada cuatro años para elegir a sus representantes, participa activamente en campañas de recogida de firmas cuya finalidad es hacer llegar su opinión al Parlamento cuando no encuentran eco en ningún grupo político que las vehicule o cuando los asuntos de su interés no son tratados a la velocidad esperada.

En este sentido, de las veinticinco leyes orgánicas de reforma del Código merecen ser destacadas cuatro que han instaurado una forma de hacer política que refleja la entrada en campaña electoral del Derecho penal. Así, la LO 7/2003, que incluyó en el Código el periodo de seguridad al tiempo que modificó los requisitos para acceder a la libertad condicional y prolongó la duración de la estancia en prisión, cuya *ratio* partía de la premisa de que «la sociedad demanda una protección más eficaz frente a las formas de delincuencia más graves». Ese mismo año vio la luz la LO 15/2003, que modificó sustancialmente el Código en relación sobre todo con los delitos menos graves (el entonces presidente del Gobierno quería «barrer de las calles» a sus autores, comparándolos con las basuras generadas por la propia sociedad), a los que calificó como una de las «más acuciantes preocupaciones sociales». Por su parte, la LO 5/2010 apelaba en su preámbulo a las «demandas sociales» para justificar los cambios que introdujo en el Código, entre ellos la inclusión de la medida de seguridad postpenitenciaria de libertad vigilada para los condenados por delitos de terrorismo y contra la libertad sexual. Terminaremos, en fin, recordando el preámbulo de la LO 1/2015, que en su párrafo 1 menciona las «nuevas demandas sociales» y, a continuación, en su párrafo 2, hace referencia a la necesidad de que «las resoluciones judiciales sean percibidas por la sociedad como justas»; esta reforma ha introducido en el ordenamiento jurídico español la pena de prisión permanente revivable para los delitos de *extrema gravedad*, respecto a los que «los ciudadanos demandan una pena proporcional al hecho cometido».

Como puede comprobarse, el legislador español ha utilizado las «demandas sociales» como *leitmotiv* para endurecer el Código penal frente al problema social del delito, desplazando interesadamente los mecanismos de prevención general integradora —que evitarían si quiera que esas conductas fueran cometidas— a un segundo e invisible plano.

La lectura conjunta de las justificaciones de las reformas refleja la existencia de una ola de populismo punitivo cuya finalidad inmediata no es otra que castigar más dura-



mente cada vez más conductas. Aunque fundamentar todas estas reformas en las «demandas sociales» equivale a afirmar que la sociedad pide más castigo de forma unánime (De Giorgi, 2006: 84), es probable que la propia clase política haya sido la que ha optado por el discurso de la prevención general negativa porque es una solución que le granjea más beneficios electorales que otras políticas de corte preventivo general, que son más costosas y menos efectivas en el corto plazo, es decir, en los cuatro años en los que debe aprobarse, desarrollarse y cosechar frutos cualquier iniciativa, antes de pasar por un nuevo examen electoral.

La consecuencia lógica de la desaparición de los estudios criminológicos como sostenedores de las reformas penales y de su sustitución por la «opinión pública» es que los actores e interlocutores penales también cambian. En este sentido, en estos momentos de creciente punitivismo, la academia penalista es sustituida interesadamente por otros actores que hacen llegar a nuestros legisladores los «consejos» que están esperando oír. De ahí que las propias víctimas de los delitos más graves y que mayor reproche y rechazo social generan hayan entrado en los pasillos de nuestro Parlamento. Esto es lo que ha hecho el Partido Popular durante las dos últimas legislaturas: nombrar como asesores en materia penal penitenciaria a los padres de las víctimas de tales delitos, que han planteado sus propuestas desde el comprensible dolor causado por los hechos de los que sus hijos han sido víctimas, no desde el conocimiento ni la ciencia, dado que carecen por completo de formación jurídica. En el cuerpo de la noticia publicada por diario *El País* el 15 de marzo de 2010 bajo el titular «El PP “ficha” al padre de Mari Luz como asesor en temas de justicia», podía leerse lo siguiente: «A juicio de Cortés, “lo importante es llevar a cabo una lucha razonable y justa debido a que la mayoría de los ciudadanos apoya un cambio del Código Penal”, a lo que ha añadido que abogará por los postulados que ha defendido “desde siempre”, es decir, el endurecimiento de las penas, la prisión indefinida revisable, así como por hacer que la justicia sea más ágil y efectiva». Posteriormente, el 5 de febrero de 2014, el Partido Popular nombró para desempeñar el cargo que hasta entonces ocupaba el padre de la niña Mari Luz (que, según los medios de comunicación, se había visto implicado en una pelea de barrio), al padre de Marta del Castillo<sup>1</sup>.

No obstante, la selección de estos asesores «expertos» en el dolor y los sentimientos de venganza (a su pesar, obviamente, y por voluntad del victimario) ha sido un elemento adicional para legitimar la decisión, adoptada previamente por el legislador, de incorporar al ordenamiento jurídico español la cadena perpetua: era algo que se veía venir una vez que la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013 (caso *Del Río vs. España*) consideró contraria al principio de legalidad consagrado en los arts. 5 y 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos la *Doctrina Parot*, doctrina que durante años permitió prolongar el tiempo de estancia en prisión a personas condenadas por el Código penal de 1973. Más bien parece que los sentimientos de estos nuevos asesores han sido utilizados por un legislador para el que era políticamente rentable que volvieran a entrar en vigor de estos instrumentos decimonónicos de control del delito y del delincuente y que ha fundamentado sus decisiones en esas supuestas «demandas punitivas» de la sociedad.

La asunción del timón de la política criminal por parte de la ciudadanía tiene consecuencias también en el ámbito de la ejecución de la pena, en la medida en que actualmente la víctima del delito tiene derecho no solo a conocer con certeza la pena que otro va a cumplir, sino también el derecho a ser informada sobre la evolución penitenciaria de sus victimarios (en la línea mantenida por la exposición de motivos de la LO 7/2003) a los efectos de que se produzca la progresión penitenciaria del penado a formas de ejecución más abiertas. Estas previsiones, contenidas en los arts. 36, 76, 78 y 91 del Código Penal, han sido posteriormente desarrolladas por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Con ello puede decirse que se recupera el principio de publicidad en la ejecución de la pena, que, en lo que hace a la ejecución de la pena de muerte, desapareció en España en 1902, antes de que lo hiciera la propia pena capital.

Actualmente, en el ámbito penal, la confusión de la peligrosidad criminal y la peligrosidad social converge con la eliminación de las barreras científicas que delimitaban las penas y las medidas de seguridad, así como con la reconversión de la reinserción social en una deuda que adquiere el penado con el ordenamiento jurídico desde que se produjo la comisión del delito. En definitiva, desde la perspectiva legislativa actualmente asistimos a la confusión del «Código penal de la democracia» y el «Código penal popular».

Las críticas que desde este punto de vista se hacen al legislador no tienen por qué convertirse simultáneamente en críticas a los medios de comunicación, que se limitan a conjugar el derecho que tiene la ciudadanía a estar informada y el derecho que tienen los propios medios a informar, convirtiendo la información en su negocio. En este sentido, el art. 1.2 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, afirma que «respetando la libertad de expresión y la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo, los Estados miembros instarán a dichos medios a aplicar medidas de autorregulación con el fin de proteger la intimidad, la integridad personal y los datos personales de las víctimas a la vez que reconoce el derecho a la intimidad de la víctima». Esta idea es la que desarrolla en nuestro ordenamiento jurídico el art. 4 del Estatuto de la víctima, que establece como medida de sensibilización que «los poderes públicos fomentarán campañas de sensibilización social en favor de las víctimas, así como la autorregulación de los medios de comunicación social de titularidad pública y privada en orden a preservar la intimidad, la dignidad y los demás derechos de las víctimas. Estos derechos deberán ser respetados por los medios de comunicación social» (Villacampa Estiarte, 2015: 215).

Por tanto, en lo que respecta a los medios de comunicación, se aboga por mantener el equilibrio entre el derecho a la información y la libertad de expresión y otros derechos de los que son titulares las víctimas de los delitos. El peligro que aquí se denuncia es otro: la utilización por parte del legislador de las demandas punitivas de la sociedad como fundamento de su política criminal.

## 2. LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN COMO CREADORES DE LA OPINIÓN PÚBLICA: LA AGENDA SETTING

Justificar e impulsar las reformas penales en las «demandas sociales» puede falsear artificialmente la política criminal, en la medida en que no se trata ya de demandas punitivas de la sociedad, sino de demandas sociales que son consecuencia del proceso en virtud del cual la comisión de un hecho constitutivo de delito se convierte a su vez en una noticia y se publica en los medios de comunicación. Por eso, en cualquier caso, se trata de una política criminal que está basada en unas demandas sociales generadas por los intereses particulares de los medios de comunicación privados o públicos.

En efecto, tales demandas traen causa de la comisión de determinados delitos que provocan una gran alarma social —y sirven, por ello, de alimento a los medios de comunicación—, mientras que otros delitos pasan desapercibidos para la opinión pública. Ciertamente, se trata de un conjunto «selecto» de delitos respecto de los cuales parece que toda respuesta penal que venga avalada por las supuestas peticiones de la sociedad queda *per se* justificada y, por ende, revestida de una legitimación democrática que, en algunos casos, ni siquiera el Tribunal Constitucional se atreve a analizar (STC 81/2008, de 17 de julio).

Y cuando el legislador sustenta su política criminal en semejantes reivindicaciones, corre el riesgo de incorporar al ordenamiento respuestas penales a problemas falsos, en la medida en que el énfasis punitivista mencionado se alimenta de las noticias que aparecen en los medios de comunicación de masas, para los cuales ni todos los sucesos se convierten en noticias ni todos los que se convierten en tales tienen la repercusión mediática necesaria para crear «alarma» en la sociedad. Para ello se requiere todavía el conjuro mediático que apuesta por la conversión de la noticia en suceso y, de paso, en una mercancía de la cual va a depender el índice de audiencias, y, con él, la subsistencia del propio medio: en esto consiste la competencia económica en este ámbito, que es consustancial al consumo social de noticias en la actualidad (Botella Corral y Peres-Neto, 2008: 43).

En este sentido, aunque se pueda estar más o menos de acuerdo con el funcionamiento del mercado en la economía capitalista, parece que hay argumentos suficientes para criticar que el legislador penal confíe ciegamente en el negocio privado de unos pocos para cercenar la libertad del resto. A esto se refería Zaffaroni cuando afirmaba que los medios de comunicación no son más que los aparatos de propaganda de los sistemas penales, porque se limitan a fabricar la realidad (Zaffaroni, 2009: 131).

Debe remarcarse que no se trata ya de que determinados delitos causen una gran alarma social, sino que lo importante es el rechazo social que provocan sus autores. Así, más que prestar atención a la repercusión mediática que tienen los casos de delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores, de terrorismo o cometidos por organizaciones criminales, por ejemplo, se trata del particular rechazo social que cosecha el autor —o supuesto autor— del mismo: así, pedófilos, terroristas, delincuentes organizados, maltratadores de mujeres, reincidentes, habituales y peligrosos son los infractores que más fácilmente captan la atención de la opinión pública, dato perfectamente conocido por los medios de comu-

nicación, que se encargan de sacarle todo el provecho posible al que ha sido convertido, ya en fase tan temprana, en «criminal».

En efecto, si se analiza qué tienen en común estos sujetos, no podrá decirse más que esto: son delincuentes que generan un gran rechazo social, que no despiertan ninguna simpatía por el delito concreto que han cometido y por su personalidad. Semejante punto en común determina que la lista de la «criminalidad violenta» quede siempre parcialmente abierta, al albur de las demandas punitivas de la sociedad. En ello reside el verdadero problema (Bustos, 1987: 79): la instancia que determina lo que es peligroso, noticiable y, por ende, sancionable no es ya la propia ciudadanía, sino los medios de comunicación, que, al generar alarma social, construyen los argumentos que posteriormente se traducirán en las políticas más punitivistas.

El procedimiento de sustitución de estos estudios criminológicos y estadísticos por la alarma social —no ya por las demandas sociales— debe ser abiertamente criticado porque concede un protagonismo a determinados sectores de la opinión pública que resultan beneficiados con semejante «política criminal» mediante la tergiversación de los hechos que a sus bolsillos les interese tergiversar: se trata simplemente de una pura ficción, que, como tal, ignora la realidad o, en el mejor de los casos, se limita a maquillarla. En la medida en que la opinión pública tiene sus preferencias, no es extraño que se produzca una «selección» de aquello que ha de ser noticia, de forma que no todos los autores de delitos tienen la misma presencia en los medios. Debe subrayarse la rentabilidad política que tiene esta forma de legislar: por una parte, es un medio muy económico de sostener la política criminal; por otra, en términos políticos es un medio muy rentable porque cosecha votos cuando entra en campaña electoral.

Por el contrario, frente a lo que abiertamente declaran las exposiciones de motivos de reforma del Código penal de los últimos quince años (con dos partidos políticos alternándose en el poder), los estudios científicos sobre las demandas sociales ponen de manifiesto, en sentido opuesto al declarado, que el supuesto «populismo punitivo» y las supuestas demandas de incremento de la respuesta penal son falsos: no ya solo porque la sociedad no demanda que se recurra con mayor intensidad a la pena de prisión, sino también porque quienes lo demandan —los menos— son los más ignorantes en lo que respecta al sistema penal penitenciario en su conjunto (Varona, 2008: 57).

Además de carecer de legitimación, la calidad de estas políticas criminales deja mucho que desear, dado que sus planteamientos son efímeros, hacen frente a problemas coyunturales —no meditados—, y tienen la finalidad de proyectar la imagen de un legislador que se preocupa de los problemas al ritmo que vayan surgiendo, si bien hay que apuntar también que nuestro legislador se reserva el impulso interesado de las medidas orientadas a afrontarlas al compás de sus propios intereses.

Esta forma de diálogo entre el legislador y el futuro votante puede convertirse en un galimatías si se toma en consideración que el legislador basa sus opciones político-criminales en las demandas sociales, cuando en realidad la sociedad no se ha formado una sólida opinión al respecto, sino que se limita a tomar partido según la información interesada que le hace llegar el propio medio, mientras que el futuro votante le exige al legislador que haga

frente a sus problemas del día a día, que al no ser convertidos en noticia por los medios de comunicación, no existen a los ojos de un legislador que se ciega más allá de sus propios intereses partidistas. Ello ha dado lugar a la articulación de respuestas frente a determinadas formas de delincuencia cada vez más graves que supuestamente son reclamadas por la sociedad, cuando lo cierto es que, como pone de manifiesto Varona Gómez, el punitivismo ciudadano no es más que un «mito» que no refleja la realidad (Varona Gómez, 2008: 57) y constituye una falsedad. Esta dinámica ha generado un Derecho penal diabólico, que es funcional a aquellos sectores de la sociedad que mayor influencia tienen en los medios de comunicación.

El abandono de la ciudadanía es total cuando esta manipulación alcanza también a los medios de titularidad pública, que en una sociedad democrática deben dotarse de los mecanismos internos de autocontrol que permitan el cumplimiento de la función social que tienen encomendada: informar con imparcialidad y objetividad.

### 3. LOS JUICIOS PARALELOS

#### 3.1. PLANTEAMIENTO

Una de las noticias que mayor interés despierta en la opinión pública es la relativa a la crónica judicial de los asuntos penales a los que los propios medios de comunicación, como una pescadilla que se muerde la cola, han dado mayor cobertura durante la instrucción, la fase de juicio oral y una vez recaída la sentencia. Basta rescatar de la hemeroteca tres de los asuntos que más interés mediático han suscitado últimamente: el encarcelamiento de Isabel Pantoja en el marco de la Operación Malaya, la actuación sexual colectiva de la noche de San Fermín en Pamplona en 2016 y la responsabilidad de Iñaki Urdangarín y Cristina de Borbón en el caso *Noós*. A ellos se hará referencia posteriormente.

El interés que los propios medios de comunicación despiertan en la ciudadanía sobre estos temas determina que, en paralelo al proceso judicial, se produzca un juicio popular en el que se interpretan los datos que se van conociendo, se adoptan posturas en torno a los hechos principales, las pruebas y los sujetos implicados en la trama oficial, pero tergiversándolo todo y de forma interesada. La prensa *on line* facilita sobremanera la participación de los lectores a través de los comentarios a esas noticias, donde se emiten opiniones personales de todo tipo que, a partir de una técnica que podríamos denominar *bola de nieve*, acaban tergiversando muchos de los datos aparecidos en el cuerpo de la noticia originaria de la que, al final, posiblemente no quede más que el titular contenido en el encabezamiento y en el que el derecho la intimidad de la víctima resulta la mayoría de las veces necesariamente vulnerado.

En efecto, precisamente porque los hechos denunciados por la víctima están ahí y han de ser objeto de prueba, es muy fácil que se desplace la atención del hecho principal —el delito cometido— al comportamiento de la víctima, un análisis que muchas veces se descontextualiza y focaliza de tal manera que esta pasa de ser el sujeto pasivo de un delito a

sujeto de una investigación y, en muchas ocasiones, sufre un claro proceso de victimización secundaria, en virtud del cual al daño que sufren directamente por haber sufrido un hecho traumático (victimización primaria) se añaden los daños que le causan las reacciones sociales que se producen cuando los hechos delictivos son conocidos y se le acusa de haberlos precipitado con su comportamiento: de ahí que se le culpabilice de lo sucedido (Tamarit Sumalla, 2015: 18).

En sí mismo, este fenómeno no merecería ninguna valoración jurídica; en todo caso podrían ser objeto de un análisis sociológico centrado en los efectos que causan en la opinión pública aquellas noticias que afectan a personas que pertenecen al mundo del espectáculo, al ámbito político o a la casa real o bien a personas anónimas que en determinado momento adquieren notoriedad social por cualquier motivo. No obstante, aquellos juicios ponen en peligro el derecho a la presunción de inocencia del investigado cuando se producen en paralelo al momento de la toma de decisión en el órgano judicial si este se deja influir por los mismos.

El Tribunal Constitucional ha reconocido que, en efecto, los juicios paralelos pueden erosionar la objetividad del órgano judicial que debe dictar sentencia. En este sentido, en su STC 136/1999 de 20 de julio afirma: «[...] la protección frente a declaraciones de los medios de comunicación acerca de procesos en curso y frente a juicios paralelos tiene su razón de ser en que estos no solo pueden influir en el prestigio de los Tribunales sino, muy especialmente, en que pueden llegar a menoscabar la imparcialidad o apariencia de imparcialidad de aquellos, ya que la publicación de supuestos o reales estados de opinión pública sobre el proceso y el fallo pueden influir en la decisión que deben soportar los jueces. Cuando efectivamente se da tal circunstancia, el derecho a un proceso con todas las garantías puede quedar conculcado, incluso sin necesidad de probar que la influencia ejercida haya tenido un efecto concreto en la decisión de la causa, pues, por la naturaleza de los valores implicados, basta la probabilidad fundada de que tal influencia haya tenido lugar». Por tanto, no basta que se haya producido dicho juicio paralelo, sino que además debe demostrarse la incidencia del mismo en la sentencia dictada.

Alegar que existe un juicio paralelo sobre los hechos objeto de enjuiciamiento que ha podido distorsionar la imparcialidad con la que los tribunales deben impartir justicia se ha convertido en una estrategia de defensa procesal inflacionaria. Esto es lo que ponen de manifiesto los tres casos a los que se hizo referencia al inicio de este apartado: la condena de Isabel Pantoja, el juicio de La Manada y el caso *Noós*. Como podrá comprobarse, en todos ellos la defensa alegó la interferencia de los reproches sociales a los encausados, aunque en los tres casos las condenas se fundamentaron en hechos probados y no parece que en las tres sentencias influyeran esos juicios paralelos o la imaginación del juez. Con todo, se trata de tres casos en los que se ha alegado la existencia de un juicio paralelo, cada uno de ellos de distintos recorridos.

### 3.2. LA CONDENA DE ISABEL PANTOJA

Isabel Pantoja fue condenada por la SAP de Málaga 179/12, de 16 de abril de 2013 en el marco de una de las piezas separadas de la Operación Malaya como autora respon-

sable de un delito de blanqueo de capitales a las penas de 24 meses de prisión, multa de 1.147.148,96 € —tanto del valor blanqueado— y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. La STS de 23 de junio de 2014 confirmó la condena.

Firme la sentencia, la defensa solicitó la suspensión de la ejecución, dado que la pena era de 24 meses de prisión, y afirmó que, si ingresaba en prisión, Pantoja lo haría por ser quien es, no por lo que había hecho. En cualquier caso, el Auto de 3 de noviembre de 2014 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga decretó el ingreso en prisión alegando que la suspensión de la ejecución de la pena no es un derecho del condenado, sino un mecanismo que combina necesidades preventivo especiales y generales y que, en este caso concreto, según el presidente de la Audiencia Provincial, «la justicia emana del pueblo y el juez debe ser intérprete de esa voluntad popular. Hay que tener en cuenta el sentir de la ciudadanía. Y al pueblo no le gustaría que [Pantoja] eludiera la cárcel», concluyendo de forma tajante: «[que] la función preventiva señalada, priorice la modalidad concreta de ejecución de las presentes penas, nada tiene que ver con la función ejemplarizante, que sostiene la defensa de la Sra. Pantoja se estaría dando a la pena en caso de no suspenderse. Lo que pretende conseguir la Sala, en el presente caso —y en cualquier otro del que conozca—, es que la pena privativa de libertad —que constituye, quizás, la sanción más dura de nuestro ordenamiento jurídico—, cumpla su función de servir de freno a posibles conductas futuras de analogía naturaleza por parte de otras personas que interiorizarán, así, su deber ciudadano de adecuar su conducta a las normas jurídicas; teniendo, estas sí, un carácter ejemplar —que no ejemplarizante— en la medida en que suponen un patrón de conducta que todos debemos seguir».

La tonadillera estuvo privada de libertad en la cárcel de Alcalá de Guadaíra, donde ingresó el 21 de noviembre de 2014. Salió del centro penitenciario con permisos de fines de semana, obtuvo su tercer grado en el momento oportuno y consiguió la libertad condicional el 1 de marzo de 2016. El día en que dio su primer concierto después de salir de la prisión, en Valladolid, llenó la Plaza Mayor y su público la cubrió de abrazos. Esos abrazos fueron muy significativos porque ponían de manifiesto no ya el perdón, sino que su público nunca la castigó por unos hechos que no entendía.

### 3.3. LA CONDENADA DE LA MANADA

Los cinco acusados de participar en el acto sexual colectivo que tuvo lugar en Pamplona la noche de San Fermín de 2016 han sido condenados por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pamplona de 20 de marzo de 2018 a las penas de 9 años de prisión y 15 de alejamiento de la víctima y a la medida de seguridad postpenitenciaria de 5 años de libertad vigilada, como autores responsables de un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento (arts. 181.3 y 4 y 74 del Código penal). La sentencia ha sido recurrida ante el Tribunal Superior de Justicia y, una vez transcurridos casi dos años de prisión provisional, el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 21 de junio de 2018 decretaba la puesta en libertad de los autores hasta tanto la sentencia sea firme.

La sentencia tiene un voto particular en el que el magistrado discrepante comienza su argumentación coincidiendo con el alegato de uno de los abogados defensores, que en su primera intervención denunció ante la Audiencia el juicio paralelo que ya habían sufrido los acusados en la prensa por unos hechos que se daban por probados solos y por los que, sin ningún género de dudas, ya habían sido condenados.

El alegato, sin embargo, no pasa de ser un mero artificio procesal, en la medida en que más bien parece que el único juicio paralelo que se ha producido en este caso ha sido el orquestado desde sus planteamientos para sentar a la víctima en el banquillo de las acusadas y obligarla a demostrar heroicamente su inocencia, su vida de recogimiento, amén de dejar constancia de los estereotipos patriarcales que exigen a las víctimas de los delitos sexuales una consternación proporcional al «mancillamiento» de su honra. Lógicamente, las pruebas para corroborar los elementos de cargo sobre la vida disoluta de la víctima no tienen límites: terminan por presentarla como una mujer joven, libertina, con un apetito sexual feroz y se le recrimina su forma de ser, sus opiniones en las redes sociales, su vida antes, durante y después de la supuesta agresión; de hecho, fue seguida por un detective privado mercenario que buscaba salvar el honor de sus clientes (al admitir dichas pruebas, la Sala bordeó ampliamente los límites que establece el Estatuto de la víctima en su art. 25.2 letra c).

Debe destacarse la importancia que tiene el hecho de que la defensa de dos de los acusados haya comparecido constantemente en los medios de comunicación durante estos 2 años, así como sus constantes declaraciones a la puerta de la Audiencia y las entrevistas personales que ha concedido en los platós de los programas televisivos más amarillistas: allí se ha encargado de exponer tesis muy provocativas, que no ha tenido el valor de exponer ante la Audiencia, sobre el comportamiento de la víctima, y ha sembrado fuera de la Sala todas las dudas que posteriormente ha alegado en el juicio: la existencia de un juicio paralelo en el que sus defendidos ya habían sido condenados, cuando en realidad él mismo se había encargado de que, fuera de la Sala, la opinión pública pusiera en duda la honestidad de la víctima y, por ende, su testimonio.

### 3.4. LA CONDENA DE IÑAKI URDANGARÍN

El tercer gran asunto que ha acaparado la atención de la opinión pública es el caso *Noós*, en el que el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 8 de junio de 2018, ha condenado —entre otras personas pertenecientes al mundo de la política y de la empresa— a Iñaki Urdangarín como autor responsable de los delitos de prevaricación administrativa, malversación y falsificación de documento (2 años y 3 meses de prisión y 3 años de inhabilitación), fraude a la Administración (7 meses de prisión y 4 años y 6 meses de inhabilitación), tráfico de influencias (1 año de prisión) y delito contra la hacienda pública (2 años de prisión y multa de 512.553 euros), y ha absuelto de responsabilidad a Cristina de Borbón, toda una infanta de España, que ha pasado socialmente por la «pena de banquillo».

Después de meses de retransmisión de las sesiones del juicio —y de que la ciudadanía pudiera ver la intervención de las defensas de todas las personas que se sentaban en el banquillo—, en la vista oral del juicio ante el Tribunal Supremo el letrado defensor de



Urdangarín instó a que se dictara una sentencia absolutoria porque su patrocinado ya había sido «condenado por la sociedad y algunos medios de comunicación» (*vid.* el Diario *El Mundo*, 11 de julio de 2018). El Tribunal Supremo rebajó ligeramente la condena y decretó el ingreso en prisión.

La prensa del corazón ha sabido sacar provecho de un caso en el que al hecho extraordinario de ver sentado en el banquillo de los acusados a un familiar del rey de España se han unido las repercusiones políticas que han agilizado la abdicación de Juan Carlos I. Con todo, comenzada la ejecución de la pena de prisión, no se conocen los motivos por los cuales las visitas que el condenado está recibiendo en prisión de su familia han dejado de ser noticia. Probablemente, se haya acordado tácitamente la pertinencia de dejar de focalizar la atención en un asunto que tantas consecuencias podría haber deparado para la monarquía española, la sociedad y la gran mayoría de los medios de comunicación abiertamente monárquicos.

#### 4. LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y LA PREVENCIÓN GENERAL

Más allá del papel de los medios de comunicación como generadores de opinión pública, debe subrayarse el hecho de que acumulan un poder de difusión del que carece cualquier otro medio: en efecto, sin ellos el legislador difícilmente puede hacer llegar a la sociedad sus mensajes; incluso sus campañas oficiales necesitan las plataformas de los medios.

En efecto, los medios de comunicación pueden llegar hasta lugares donde las campañas de sensibilización oficial no llegan porque se dirigen a amplias audiencias que reciben con naturalidad sus mensajes. Asumen, así, un papel pedagógico que deberían desempeñar con responsabilidad y su actividad ha de someterse a control porque el correcto tratamiento de la información es esencial (Vives Antón, 1995: 369). En esta línea, podrá comprenderse el flaco favor que se hace a la lucha contra cualquier fenómeno criminal cuando se da a la noticia un tratamiento sensacionalista que, si bien sirve para popularizar el fenómeno, lo hace en un determinado —y poco deseable— sentido, esto es, el de *la violencia de consumo*. En efecto, las víctimas de muchos fenómenos criminales que ven trivializado su trauma en los medios de comunicación «aprenden» a desconfiar de la Administración de Justicia; por ello, muchas veces preferirán no interponer la denuncia o intentar retirarla una vez presentada. Por otro lado, el agresor muchas veces se siente envalentonado cuando constata la notoriedad social que ha alcanzado; en muchos casos, se transmite la idea —a través de noticias mal difundidas— de que el castigo que impone el ordenamiento jurídico es nimio, ya sea por la duración de las penas o por la ineficacia policial. En este punto, la objetividad en la transmisión de la noticia debe ser completa.

Si a estos fenómenos se une la publicación de noticias descontextualizadas —porque la información está sesgada— o sobre sentencias condenatorias en las que se impone la pena mínima porque se aplica una atenuante cuya concurrencia se omite en la información, podrá entenderse que la transmisión de noticias de este tenor merman el poder inhibitorio de

las sentencias que reciben semejante tratamiento en los medios para evitar que los hechos que han motivado su dictado se repitan en el futuro.

La consecuencia es que la sociedad no confía en la Administración de Justicia e interioriza la idea de que esta no hace nada para ayudar a las víctimas. Esto genera en la sociedad una sensación de inseguridad de tal envergadura que refuerza la impresión general de que la Justicia deja a las víctimas completamente desprotegidas y a merced de sus agresores, que también conocen la noticia a la vez que aquellas. Se trata de políticas que, alterando la verdad, acaban provocando miedo, que es precisamente el caldo de cultivo de las demandas punitivistas que el legislador utilizará posteriormente para fundamentar sus reformas.

Especial importancia han tenido los medios de comunicación en la prevención de la violencia de género. Particularmente tras el caso de Ana Orantes. Su muerte se desencadenó por la participación de la víctima en un programa de televisión en el que hizo públicas la violencia física, psíquica y sexual a la que la sometía su marido. Hasta entonces, una historia de maltrato de una mujer a manos de su pareja sentimental rara vez se había convertido en noticia porque se entendía que se trataba de un asunto que pertenecía al mundo privado. El proceso de concienciación comenzó por el propio legislador, que comprendió que la raíz última de este problema no era otra que la discriminación que sufren las mujeres en la sociedad y llegó a la conclusión de que esa lucha pasaba por la puesta en marcha de políticas que apostaran por la igualdad real y efectiva de hombres y mujeres: la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la Violencia de Género y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Dos son las previsiones específicas que contiene la Ley Orgánica 1/2004 en torno al papel de los medios de comunicación: la primera se refiere, con carácter general, a la publicidad —y, específicamente, a la prohibición de la utilización de la imagen de la mujer a través de la cual se reproduzcan los papeles que tradicionalmente la historia le ha asignado; la segunda se refiere a los medios de comunicación: el art. 13 obliga a las Administraciones públicas a velar por el cumplimiento estricto de la legislación en lo relativo a la protección y salvaguarda de los derechos fundamentales «con especial atención a la erradicación de conductas favorecedoras de situaciones de desigualdad de las mujeres en todos los medios de comunicación social, de acuerdo con la legislación vigente»; por su parte, el párrafo segundo del art. 14 hace una referencia expresa a la forma de transmitir las noticias: «La difusión de informaciones relativas a la violencia sobre la mujer garantizará, con la correspondiente objetividad informativa, la defensa de los derechos humanos, la libertad y dignidad de las mujeres víctimas de violencia y sus hijos. En particular, se tendrá especial cuidado en el tratamiento gráfico de las informaciones».

Esta es la función social que deben cumplir los medios de comunicación: colaborar con nuestros legisladores en la tarea de educar en valores dignos de tutela a la ciudadanía, que es la forma más eficaz de prevenir la delincuencia.

## 5. REFLEXIONES FINALES

La sustitución de los estudios criminológicos por las «demandas sociales», del asesoramiento de la experticia penal por el dolor de las víctimas, de la peligrosidad criminal por la peligrosidad social, así como del derecho a la reinserción social por el deber de reinserción constituyen una serie de desplazamientos propiciados por la consolidación de una política criminal sensacionalista que, como se desprende de las páginas anteriores, es una *fake criminal politics* que se expande, además, a través de una publicidad interesada que ha terminado por convertir a los medios de comunicación social en el hervidero de la política criminal partidista. Se trata de un fenómeno criticable, en la medida en que el legislador no debería renunciar a la elaboración democrática de las reformas penales (Díez Ripollés, 2002: 295).

Lo que objetivamente demanda la sociedad actual es un verdadero «populismo cultural» que abra las bibliotecas, los cines y las salas de teatro a la ciudadanía, bajando unos impuestos que han convertido la cultura en un producto de lujo en manos de una clase privilegiada que muchas veces no tiene el tiempo suficiente para disfrutar de ella o carece del criterio para hacerlo. No hay que olvidar la necesidad de dialogar, de racionalizar los problemas sociales y de fomentar la búsqueda colectiva de soluciones, de forma que toda la ciudadanía se sienta participe de las mismas y, por tanto, esté en condiciones de solventar el problema: una reforma tan drástica del ordenamiento jurídico español que no sea el resultado del consenso entre las distintas fuerzas políticas no puede denominarse «democrática».

Paralelamente, una política criminal coherente servirá como muro de contención de las campañas interesadas que ponen en marcha los medios de comunicación en función de sus propios intereses privados, que no tienen por qué provocar efecto positivo alguno en la ciudadanía.

Y contribuirá, finalmente, a cumplir sin sombras de dudas la función de prevención general positiva que solo a través de aquellas vías pueden desplegar las leyes penales.

## NOTAS

1. *Vid.*, entre otras, la noticia disponible en: <[https://www.elplural.com/autonomias/andalucia/el-pp-ficha-ahora-al-padre-de-marta-del-castillo-para-defender-su-particular-cadena-perpetua\\_42705102](https://www.elplural.com/autonomias/andalucia/el-pp-ficha-ahora-al-padre-de-marta-del-castillo-para-defender-su-particular-cadena-perpetua_42705102)>.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, María (2010): *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, Cizur Menor: Aranzadi.
- (2016): *La prisión permanente revisable: ¿pena o cadalso?*, Madrid: Iustel.
- BARBERET, Rosemary (2006): «La prevención de la victimización», en E. Echeburúa Odriozola, E. Baca Baldomero, J. M. Tamarit Sumalla (eds.), *Manual de Victimología*, Valencia: Tirant lo Blanch, 235-252.
- BOTELLA CORRAL, Joan y Luis PERES-NETO (2008): «La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España», en M. García Arán y J. Botella Corral

- (coords.), *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 43-66.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1987): «Pena y Estado», en *Íd.*, *Control social y sistema penal*, Barcelona: PPU.
- CUERDA ARNAU, María Luisa (2013): «Libertad de expresión y crítica política a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Teoría & Derecho*, 13, 215-231.
- DE GIORGI, Alessandro (2006): *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*, trad. J. A. Brandariz García y H. Bouvier, Madrid: Traficantes de Sueños.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2002): «Un modelo dinámico de legislación penal», en J. L. Díez Ripollés, C. M. Romeo Casabona, L. Gracia Martín y J. F. Higuera Guimerá (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor D. José Cerezo Mir*, Madrid: Tecnos, 291-330.
- (2004): «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC* 06-03, 1-34.
- FERNÁNDEZ-FÍGARES MORALES, María José (2012): «Los juicios paralelos y la toma de decisión del juzgador. Zonas de influencia, de convicción y de persuasión», *Revista Aranzadi*, 1, 175-191.
- FUENTES OSORIO, Juan Luis (2005): «Los medios de comunicación y el Derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC* 07-16, 1-51.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes y Luiz PERES-NETO (2008): «Discursos mediáticos y reformas penales de 2003», en M. García Arán y J. Botella Corral (coords.), *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 153-228.
- HERRERA MORENO, Miriam (2014): «Construcción cultural y prevención criminal publicista», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10, 1-48.
- SANZ MULAS, Nieves (2005): «Justicia y medios de comunicación: un conflicto permanente», en I. Berdugo Gómez de la Torre y N. Sanz Mulas (coords.), *Derecho penal de la Democracia vs. Seguridad pública*, Granada: Comares, 1-33.
- TAMARIT SUMALLA, Josep Maria (2013): «Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, vol. 1, 2013 [en línea] <<http://dialnet.unirioja.es/bibezproxy.uca.es:2048/servlet/articulo?codigo=4122686>>.
- (2015): «Los derechos de las víctimas», en J. M. Tamarit Sumalla, C. Villacampa Estiarte, M. Serrano Masip (eds.), *El Estatuto de las Víctimas de delitos: comentarios a la Ley 4/2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, 15-68.
- VARONA GÓMEZ, Daniel (2008): «Ciudadanos y actitudes punitivas: un estudio piloto de población universitaria española», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 6 [en línea] <[www.criminologia.net](http://www.criminologia.net)>.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (2015): «La protección de las víctimas en el proceso penal tras la aprobación de la LEVID», en J. M. Tamarit Sumalla, C. Villacampa Estiarte, M. Serrano Masip (eds.), *El Estatuto de las Víctimas de delitos: comentarios a la Ley 4/2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, 210-240.
- VIVES ANTÓN, Tomás S. (1995): «Sentido y límite de la libertad de expresión», en *Íd.*, *La libertad como pretexto*, Valencia: Tirant lo Blanch, 367-371.
- ZAFFARONI, Ernesto Raúl (2009): *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires: EDIAR.

**Fecha de recepción: 3 de octubre de 2018.**

**Fecha de aceptación: 8 de noviembre de 2018.**



PUBLICIDAD DEL PROCESO E INTIMIDAD DE LA VÍCTIMA: UNA APROXIMACIÓN DESDE  
EL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO  
PUBLICITY OF JUDICIAL PROCEEDINGS AND VICTIM'S PRIVACY: AN APPROACH FROM  
THE STATUTE OF VICTIMS OF CRIME

*Andrea Planchadell Gargallo*

*Profesora Titular de Derecho procesal  
(Acreditada como Catedrática)  
Universitat Jaume I de Castellón*

RESUMEN

El derecho a la libertad de información y el principio de publicidad de las actuaciones judiciales se configuran como derechos fundamentales que, conjuntamente, permiten dar cumplimiento a la exigencia democrática de control de funcionamiento de la Administración de Justicia. Ahora bien, estas garantías no tienen —pese a su trascendental papel en todo Estado Social y Democrático de Derecho— carácter absoluto, sino que pueden verse limitados por otros derechos de igual rango fundamental, como la presunción de inocencia, el derecho de defensa y principio de contradicción o el derecho a intimidad, tanto del imputado como de la víctima. Ante la imposibilidad de afirmar *a priori* la preferencia de unos sobre los otros, se hace necesario proceder a una ponderación de los intereses en juego en cada caso concreto. Precisamente, el derecho a la intimidad de la víctima del delito es uno de los derechos fundamentales que puede contrarrestar el ejercicio de la libertad de información y la publicidad del proceso; este es concretamente el objeto de estas páginas, partiendo de las previsiones del Estatuto de la víctima.

PALABRAS CLAVE

Derecho a la libertad de información, publicidad del proceso, secreto de sumario, juicios a puerta cerrada, derecho a la intimidad de la víctima, Estatuto de la víctima.

ABSTRACT

The right to freedom of information and the principle of publicity of judicial proceedings are configured as fundamental rights which, together, allow compliance with the democratic requirement of control of the functioning of the Administration of Justice. However, these guarantees do not have —despite their transcendental role in every Social and Democratic State of Law— an absolute character, but can be limited by other rights of equal fundamental rank, such as the presumption of innocence, the right to defence and the principle of contradiction or the right to privacy, both of the accused and of the victim. Given the impossibility of affirming *a priori* the preference of some over others, it is necessary to proceed to a balancing of the interests at stake in each specific and particular case. Precisely, the right to privacy of the crime victim is one of the fundamental rights that can counteract the exercise of freedom of information and the publicity of the process; this is specifically the purpose of these pages, taking as a reference the Statute for victims of crime.

KEY WORDS

Right to freedom of information, publicity of judicial proceedings, secrecy of investigations, closed-doors trials, right to privacy of the crime victim, Statute for victims of crime.

# PUBLICIDAD DEL PROCESO E INTIMIDAD DE LA VÍCTIMA: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO

Andrea Planchadell Gargallo

Profesora Titular de Derecho procesal  
(Acreditada como Catedrática)  
Universitat Jaume I de Castellón

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Derecho a la información y proceso. 2.1. La publicidad del proceso. 2.2. Limitaciones al principio de publicidad. 2.2.1. El secreto o reserva del sumario. 2.2.2. Limitaciones a la publicidad en la fase del juicio oral. 3. Información e intimidad. 4. La protección de la intimidad de la víctima, especial consideración al Estatuto de la víctima del delito. 4.1. Medidas previstas en el Estatuto de la víctima. 4.2. Medidas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. 4.3. Medidas previstas en la Ley de protección de testigos y peritos. 4.4. Las medidas de protección de la intimidad de las víctimas vulnerables. 4.4.1. Medidas previstas en el Estatuto de la víctima. 4.4.2. Medidas previstas en otras normas. 4.5. Breve referencia a las medidas previstas en otras normas. 5. A modo de conclusión. Notas. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

La realidad está poniendo de manifiesto que las fricciones entre el derecho a la información y la intimidad de los sujetos que, de una u otra forma, intervienen en un proceso penal son habituales. Basta navegar en cualquier buscador *on line* en busca de las noticias de tribunales más recientes para encontrar muy diferentes datos de dichos sujetos. En no pocos casos, tales datos aparecen por expreso deseo de los mismos, pero en otros son publicados sin su consentimiento.

Veamos varios ejemplos. En todas las noticias —escritas y digitales— publicadas el pasado 8 de octubre aparecía Inés Madrigal, una de las víctimas del llamado caso de los niños robados, tras la sentencia que absolvió al Dr. Vela por entender que, pese a estar acreditados, los hechos habían prescrito<sup>1</sup>. En la prensa escrita encontramos con frecuencia

noticias sobre violencia de género en las que se pueden ver fotos y acceder a otros datos de la víctima<sup>2</sup>; por último, y para no extendernos, es inevitable hacer referencia a uno de los casos más mediáticos de los últimos años que, por diversos motivos, no vamos a analizar aquí: el denominado caso La Manada<sup>3</sup>. Precisamente, en estos últimos días se ha puesto de manifiesto la trascendencia del tema tras revelación de la identidad de la víctima de este caso<sup>4</sup> y la denuncia de su presunto autor<sup>5</sup>.

Respecto a las múltiples implicaciones que estas noticias pueden tener, en las páginas que siguen vamos a centrarnos en el modo en que la intimidad de la víctima puede verse afectada por el ejercicio del derecho a la información sobre los procesos penales y, especialmente, en las medidas de protección de la víctima que pueden evitar o minimizar dicha intromisión.

## 2. DERECHO A LA INFORMACIÓN Y PROCESO

El derecho a la información, reconocido, junto con la libertad de expresión, en el art. 20 de nuestro texto constitucional, se considera uno de los derechos fundamentales más importantes para el adecuado funcionamiento de un Estado democrático (Orenes, 2018: 28), tal y como tempranamente destacó en estos términos la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1981, de 16 de marzo (*vid.* también la STC 107/1988, de 8 de junio):

«El art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política.

La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos, y la interdicción con carácter general de determinadas actuaciones del poder (*verbi gratia* las prohibidas en los apartados 2 y 5 del mismo art. 20), pero también una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social y, en razón de ello, a quienes profesionalmente los sirven».

El derecho a la información, en cuyo detallado análisis no vamos a entrar —dado que ha sido profusamente analizado tanto por la jurisprudencia como por doctrina mucho más autorizada—, presenta dos claras manifestaciones: el derecho de los medios a informar sobre diversos aspectos de interés y el derecho del público, de la sociedad, a recibir información (Orenes, 2008: 34).

Lo que ocurre en un proceso penal es noticiable, es decir, la comisión de un hecho delictivo y ciertos aspectos referidos a dicha comisión interesa a la sociedad en su conjunto (STC 154/1999, de 19 de octubre; 171/1990, de 28 de marzo; 219/1992, de 3 de diciembre o 22/1995, de 30 de enero). Ahora bien, esta afirmación no comporta necesariamente que toda información sea objeto de interés público; por ello, deben fijarse los límites de lo que es o no noticiable. La protección constitucional del derecho a la libre información



depende, como condensa la STC 28/1996, de 26 de febrero, de dos requisitos ineludibles: «[...] la comunicación que la Constitución protege es la que transmite información veraz relativa a asuntos de interés general o relevancia pública (SSTC 6/1988, 171/1990, 219/1992 y 22/1995)». Se trata, por tanto, de comprobar la concurrencia de dos condiciones: por una parte, que se informe sobre un hecho noticioso o noticiable, por presentar interés público, es decir, que la información sea necesaria y relevante (SSTS 178/1993, de 31 de mayo; 172/1999, de 12 de noviembre; 185/2002, de 14 de octubre y 127/2003, de 30 de junio; y Orenes, 2008: 31; Serra, 2010: 244; Serra, 2015: 210); por otra, que la información que sobre dichos hechos se transmita sea veraz (Orenes, 2008: 117 y ss.). La no concurrencia ambos requisitos implica que el ejercicio del derecho a la información pueda lesionar alguno de los derechos que el art. 20. 4 CE establece como límites al que nos ocupa, concretamente los derechos fundamentales al honor y a la intimidad. A ello debe añadirse que, como señala Serra, el «exceso de información que, por superflua e innecesaria para el fin que cumple la libertad informativa, se convierte en ilegítima desde el momento en que estos datos excesivos vulneran el derecho de la personalidad de la víctima» (Serra, 2010: 245).

La ya citada STC 154/1999, de 19 de octubre añade que «[...] como han establecido las SSTC 165/1987 y 105/1990, la protección constitucional de la libertad de información alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción». Como afirma Roxin, los medios de comunicación juegan un papel «indispensable, pero, por otro lado, peligroso» (Roxin, 1995: 73).

## 2.1. LA PUBLICIDAD DEL PROCESO

El artículo 120 CE proclama la publicidad de las actuaciones procesales: «Las actuaciones judiciales serán públicas» (Fairén, 1975: 322 y 323, que destaca su cariz político; Otero 1999: 12).

Esta publicidad, esencialmente vinculada con los principios de oralidad e inmediatez, cumple una trascendental función de control social —ejercido normalmente a la través de los medios de comunicación— en la medida en que permite a los ciudadanos conocer y valorar el funcionamiento de nuestra Administración de Justicia y arroja luz y transparencia sobre la actuación diaria de los órganos jurisdiccionales —la llamada «publicidad externa»—. Por ello, en el juicio oral es donde este principio «adquiere su verdadero sentido de participación y control de la justicia por la comunidad» (STC 176/1988, de 4 de octubre). Desde una perspectiva o dimensión individual, esta garantía debe complementarse con el derecho fundamental a conocer el contenido de las actuaciones procesales que corresponde a todo individuo sujeto a un proceso (art. 24. 2 CE), un derecho claramente relacionado con el derecho de defensa y el principio de contradicción (Del Moral y Santos, 1996: 4 y 7; Otero, 1999: 17; Muerza, 2015, 582; González, 2015: 597 y ss.; Serra, 2015: 205 y ss.; *vid.* también STC 96/1987; SSTEDH, de 8 diciembre de 1983, caso *Preto vs. Italia*, y de 26 de junio de 1984, caso *Campell y Fell vs. Reino Unido*).

La publicidad externa —o publicidad en sentido estricto— presenta, a su vez, dos manifestaciones: la publicidad directa, que implica el acceso directo de los ciudadanos a la información y al juicio propiamente dicho; y la publicidad indirecta, que hace referencia a la información suministrada por los medios de comunicación (Serra, 2010: 235). La STC 30/1982, de 1 de junio, atribuye a los medios de comunicación un papel de intermediario natural cuando sostiene que «[...] el principio de la publicidad de los juicios, garantizado por la Constitución (art. 120.1), implica que estos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección general. Esta proyección no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de los medios de comunicación social, en cuanto tal presencia les permite adquirir la información en su misma fuente y transmitirla a cuantos, por una serie de imperativos de espacio, de tiempo, de distancia, de quehacer, etc., están en la imposibilidad de hacerlo. Este papel de intermediario natural desempeñado por los medios de comunicación social entre la noticia y cuantos no están, así, en condiciones de conocerla directamente, se acrecienta con respecto a acontecimientos que por su entidad pueden afectar a todos y por ello alcanzan una especial resonancia en el cuerpo social [...]». Por su parte, la Recomendación (2003) 13 del Comité de Ministros del Consejo de Europa establece en su principio 12 que debe permitirse el acceso de los medios de comunicación a las vistas públicas sin discriminación alguna, y que no pueden ser excluidos salvo que el público también lo sea.

## 2.2. LIMITACIONES AL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Ahora bien, tal y como también establecen el propio artículo 120 CE y los textos internacionales (el art. 14.1 PIDCP y el art. 6.1 CEDH), esta garantía no está exenta de límites, límites que deben ser fijados por las respectivas leyes de procedimiento. Precisamente, atendido el tema de estudio de estas páginas, es necesario hacer una referencia —aunque breve y genérica— a estos límites a la publicidad.

Una de estas limitaciones aparece recogida en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), que regula el secreto de las actuaciones llevadas a cabo en el procedimiento preliminar (sumario o diligencias previas), pero que también contempla la posibilidad de limitar la publicidad del juicio oral. Antes de analizar la regulación legal de este secreto, es importante precisar que el propio Tribunal Constitucional ha reconocido, en su Sentencia 13/1985, de 31 de enero, que esta posibilidad es una excepción a la garantía institucional establecida en el referido art. 120 CE, que no puede concebirse como un cheque en blanco concedido al legislador, pues, como ya hemos indicado, la publicidad del proceso, especialmente del proceso penal, es una garantía de los ciudadanos que, en definitiva, les permite controlar la actividad de los jueces y tribunales (Del Moral y Santos, 1999: 4 y 7 y ss.; Otero, 1999, 7 y ss.; *vid.*, igualmente, la STC 96/1987, de 10 de junio). Ahora bien, lo que aquí se cuestiona es si este «control» es ilimitado. Evidentemente, la respuesta es negativa. El Estado debe tener la facultad de limitar el acceso ciudadano a la información contenida el sumario, si bien dicha posibilidad tampoco está exenta de modulaciones; se trata, por tanto, de «jugar» con los equilibrios entre los intereses en juego.

Tal y como establece la Constitución, en la relación entre la publicidad y el derecho a acceder a esta tipo información rige una doble exigencia: que las limitaciones del derecho estén legalmente previstas y que la aplicación judicial de las mismas se ajuste a esa regulación. Las condiciones que deben respetarse son que la limitación o excepción esté prevista en una norma con rango legal —concretamente, las leyes de procedimiento y la Ley Orgánica del Poder Judicial—, que dicha limitación esté justificada porque protege otro bien constitucionalmente relevante y que la decisión limitadora sea congruente y proporcional.

Como afirma el TC en la sentencia citada, en esta decisión limitadora debe tomarse en consideración que «la regulación legal del secreto sumarial no se interpone como un límite frente a la libertad de información sino, más amplia y genéricamente, como un impedimento al conocimiento por cualquiera —incluidas las mismas partes en algún caso [...]. Lo que persigue la regla impositiva del secreto es impedir tal conocimiento y ello en aras de alcanzar, de acuerdo con el principio inquisitivo, una segura represión del delito»; es decir, esa regla contribuye a la seguridad y libertad de los ciudadanos.

En la regulación legal del secreto o reserva, debe hacerse una primera distinción atendiendo a la fase procesal en que se encuentre el procedimiento. Así, la fase de investigación, por sus propios fines, tendrá como regla general el «secreto externo», y la posibilidad de decretar el secreto para las partes será una decisión excepcional del juzgador. En la fase del juicio oral (enjuiciamiento), la regla general es la publicidad —sometida, obviamente, a excepciones—. La misma publicidad informa la interposición de los recursos.

### 2.2.1. El secreto o reserva del sumario

El art. 301 LECrim prevé que, dada su finalidad de averiguación del delito (art. 299 LECrim) (Burgos, 1992: 84 y ss.), en la fase de investigación las actuaciones se lleven a cabo de forma «reservada». Como ya hemos indicado, esta reserva se refiere al público en general, es decir, a terceras personas que no son parte del proceso. Atendida la finalidad del procedimiento preliminar, es lógico que la regla general sea la limitación de la publicidad de dichas actuaciones frente a terceros.

Esta limitación, que afecta a terceras personas ajenas al proceso, incluye, obviamente, a los medios de comunicación, que no podrán tener acceso a las actuaciones procesales que se desarrollan en el procedimiento preliminar. Ello no implica que no pueda difundirse información sobre la presunta comisión de un hecho delictivo y determinados elementos del mismo, siempre que se respete el derecho a la presunción de inocencia, se eviten los juicios paralelos y, como veremos, se proteja el derecho a la intimidad de la víctima.

Junto a esta manifestación externa de la reserva, el art. 302 LECrim reconoce el derecho de las partes a acceder a las actuaciones procesales sumariales, garantía fundamental desde la perspectiva del principio de contradicción, la prohibición de indefensión y el derecho de defensa, todos ellos encuadrados en el art. 24 CE. Pese a la trascendencia de los derechos en juego, el art. 302 contempla la posibilidad de limitar el acceso de las partes a las actuaciones sumariales, en el bien entendido que las mismas deben estar rodeadas de importantes garantías. Por ello, será necesario cohonstar los intereses de la investigación

penal y el derecho de defensa del imputado, así como los derechos de la víctima tomando en consideración que el ejercicio de estos derechos puede poner en peligro la efectividad de la investigación.

El propio artículo prevé las siguientes limitaciones al derecho:

a) Debe tratarse de un delito público; si bien se entiende extendida a los delitos semi-públicos (Circular 8/1978, de la Fiscalía General del Estado).

b) La competencia para adoptar la decisión —respecto a cualquiera de las partes personadas o de oficio— corresponde al juez instructor a propuesta del Ministerio Fiscal.

c) La decisión debe adoptar la forma de auto, lo que supone necesariamente la motivación de dicha limitación. Es más, el propio artículo 302 establece cuáles son los motivos que deben concurrir y justificar dicha limitación:

- Evitar un riesgo grave para la vida, la libertad o la integridad física de otra persona.
- Prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso; esta última es la razón que justifica la mayor parte de las decisiones en este sentido, en tanto que permite evitar que los acusados, los sospechosos o personas allegadas puedan manipular elementos valiosos y vitales para que la Justicia pueda conocer la verdad. En este sentido, el Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de mayo de 2000, ha declarado que la declaración de secreto del sumario «tiene como base evitar interferencias o acciones que pongan en riesgo el éxito de la investigación y la averiguación de la verdad de los hechos».
- A estos dos «intereses» debemos añadir un tercero: la posibilidad de decretar cualquiera de las medidas previstas en el art. 681.2 LECrim, en virtud del art. 301bis LECrim. Nos referimos a la necesidad de proteger la intimidad de la víctima o el respeto debido a la misma o su familia. Como veremos en el último apartado de este trabajo, el art. 681.2 se refiere a la prohibición de la divulgación o la publicación de la identidad de la víctima, de datos que puedan identificarla, así como de imágenes de la víctima o sus familiares (Pratt, 2013: 310).

d) El secreto se puede extender a la totalidad o —como es más frecuente— a parte de las actuaciones.

e) Dicha limitación alcanza a todas las partes personadas. No obstante, la *praxis* judicial, el papel preponderante que ocupa el Ministerio Fiscal en nuestro ordenamiento y su condición de órgano imparcial hacen que el mismo no se vea afectado por la decisión limitadora.

f) El secreto referido no puede extenderse por un plazo superior a un mes y, en todo caso, debe alzarse con diez días de antelación a la conclusión del sumario. El plazo de un mes puede ser inadecuado para ciertos casos que entrañen especial dificultad, pero a través de la posibilidad de prórroga se podría subsanar esta cuestión. Lo cierto es que la duración real debería depender de la correcta aplicación del principio de proporcionalidad (de hecho, el proyecto de LECrim de 2013 fijaba este plazo en tres meses).

No obstante, de la jurisprudencia constitucional se deduce que la mera duración del secreto no es realmente determinante para sostener que se ha producido indefensión; es preciso que se pongan injustificadamente obstáculos al encausado para conocer las diligencias practicadas y su contenido para poder defenderse frente a ellas (SSTC 176/1998, de 4 de octubre; 174/2001, de 26 de julio; Muerza, 2015: 583). Por ello, en las SSTC 127/2011, de 18 de julio, y 100/2002, de 6 de mayo, el máximo intérprete de la Constitución ha recalado que, en realidad, la declaración del secreto de sumario no supone en sí misma una limitación del derecho a un proceso público, sino simplemente un aplazamiento del momento procesal en que las partes toman conocimiento de las actuaciones que les impide intervenir mientras el sumario permanece secreto.

Pese a la limitación temporal, no debe olvidarse la vigencia del principio de proporcionalidad: el secreto no puede prolongarse más allá del tiempo estrictamente necesario para cumplir su finalidad conforme a las exigencias de la instrucción. A pesar de la limitación a un mes, el juez puede, motivándola debidamente, acordar la prórroga de la declaración de secreto.

Justificada la proporcionalidad, la previsión del artículo 118 queda subordinada a la del artículo 302.2 LECrim. Este último no establece expresamente la posibilidad de prorrogar el plazo de vigencia del secreto de las actuaciones —un mes— que el texto del propio precepto estipula. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia admiten dicha posibilidad. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de octubre de 1988, número 185, ya se planteó dicha cuestión frente a la pretensión de estimar como causa de indefensión toda decisión judicial que prorrogue dicho plazo, declarando que «la Constitución Española protege los derechos fundamentales considerados, no en sentido teórico e ideal, sino como derechos reales y efectivos, imponiendo el deber de examinar las denuncias de su vulneración mediante la utilización de criterios sustantivos que, atendiendo al contenido y finalidad del derecho que se pretende vulnerado, permitan apreciar si esa vulneración se ha o no se ha materialmente producido, más allá de la pura apariencia nominalista».

Una vez se alza el secreto del sumario o se abre la fase el juicio oral, las actuaciones se convierten en públicas, incluidas aquellas llevadas a cabo en el sumario sin conocimiento de las partes, y es entonces cuando adquieren conocimiento de lo realizado.

Así pues, la limitación del derecho a acceder a la información durante la instrucción el sumario encuentra su principal fundamento en el interés del Estado y de la Justicia en la averiguación de la verdad (Del Moral y Santos, 1996: 75) sin los obstáculos o cortapisas que pudieran provenir de las propias partes del proceso. Ahora bien, dicho interés debe evidentemente conjugarse con los derechos fundamentales de las partes, entre ellos el derecho de defensa o la presunción de inocencia.

Considerando los derechos en juego, la ley prevé que pueda impugnarse o recurrirse la decisión de declaración de secreto del sumario, si bien dicha impugnación debe indicar en qué medida se ha lesionado el derecho del afectado. Cuando se considera que la declaración de secreto ha sido perjudicial, quien la alega ha de indicar la concreta diligencia que no haya sido posible practicar por causa del secreto del sumario —o que no pudiera haberse llevado a cabo en el plenario—, así como la concreta indefensión provocada por

la adopción del secreto. No es suficiente, por tanto, una mera crítica u objeción genérica a dicho secreto, sino que debe acreditarse la concreta lesión que este haya causado en el derecho de defensa. En este sentido, la STS de 25 de septiembre de 2002, recurso núm. 864/2002, declaró: «En la impugnación no se expresa en qué medida el secreto del sumario acordado le supuso una quiebra del derecho de defensa, ni se analiza la proporcionalidad de la medida comparando las necesidades de la justicia, la necesidad de mantener secretas una investigación de hechos graves, y el derecho de defensa. El secreto del sumario, acordado en este supuesto al inicio de la instrucción de la causa, supone un impedimento en el conocimiento y de la posibilidad de intervenir por el acusado respecto a unos hechos que se investigan con el objeto de posibilitarla sin interferencias o posibles manipulaciones dirigidas a obstaculizar la averiguación de los hechos. Desde la perspectiva expuesta resulta patente que una medida como la acordada supone una limitación del derecho de defensa que no implica indefensión en la medida que el imputado puede ejercer plenamente ese derecho cuando la restricción se levanta una vez satisfecha la finalidad pretendida».

### 2.2.2. Limitaciones a la publicidad en la fase del juicio oral

El art. 680 LECrim (en igual sentido que el art. 232.1 LOPJ) establece que el juez o tribunal podrá acordar que el juicio se celebre a puerta cerrada, impidiendo que asista al mismo cualquier persona ajena al proceso. Obviamente, la celebración de un juicio a puerta cerrada supone una limitación al principio de libertad de información de lo que ocurre durante el juicio, en la medida en que impide la asistencia de los medios de comunicación al mismo y, por tanto, el acceso directo a la fuente de la noticia (Orenes, 2008: 56). El art. 682 LECrim es el precepto que contempla expresamente la posibilidad de restringir la presencia de los medios de comunicación audiovisuales en las sesiones del juicio y de prohibir que se graben todas o alguna de las audiencias cuando ello 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 las víctimas y el respeto debido a las mismas o a su familia— o para evitar a las víctimas perjuicios relevantes que la presencia de los medios podría ocasionar en el desarrollo ordinario del proceso.

A su vez, el art. 681 LECrim establece los motivos que justifican la exclusión de la publicidad como un *numerus clausus*. De acuerdo con el precepto citado, la celebración del juicio a puerta cerrada puede justificarse, partiendo siempre de su carácter excepcional, atendiendo a: *i*) razones de seguridad u orden público; o *ii*) la adecuada protección de los derechos fundamentales de los intervinientes; al respecto, el artículo hace mención expresa al respeto al derecho a la intimidad de la víctima, el respeto debido a la misma o a su familia y la necesidad de evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso, cuestión a la que nos referiremos en el último punto del trabajo.

Estas limitaciones se ordenarán por el juez o presidente del tribunal a través de un auto, de oficio o a instancia de cualquiera de las partes y previa audiencia a las mismas, en la medida en que conllevan la restricción de un derecho fundamental; además, dichas decisiones

deben basarse en el principio de proporcionalidad, de modo que solo se procederá a excluir la publicidad cuando sea absolutamente necesario para la protección de los derechos afectados —en este caso la intimidad de la víctima o de sus familiares— y no exista otra forma de conseguirlo (Orenes, 2008: 58 y 59). Precisamente en atención a dicho principio, debe ser posible excluir la publicidad no de todo el juicio oral, sino de ciertas actuaciones del mismo (art. 232. 2 LOPJ). Como afirma Orenes, esta restricción parcial permite establecer límites de carácter personal (prohibición del acceso a determinadas personas), temporal (que afecten únicamente a determinadas actuaciones) y material (respeto a determinados medios técnicos de captación o difusión de información; así, cámaras de vídeo, televisión o fotográficas, teléfonos móviles, etc.) (Orenes, 2008: 59 y 60).

Similares limitaciones a la publicidad están contempladas en el art. 232.1 LOPJ y el art. 6 del Reglamento 1/2005, de aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, que hacen referencia expresa a los medios de comunicación sin listar los derechos que pueden protegerse mediante dicha restricción. Lo mismo podemos decir de la LO 1/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de asistencia a las víctimas de los violentos y contra la libertad sexual o de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Finalmente, es necesario añadir que el principio de publicidad también se aplica a las sentencias, tal y como establece el art. 120.3 CE. No obstante, el acceso a las mismas puede ser limitado cuando pudiera afectar al derecho a la intimidad y otros derechos para evitar que puedan ser usadas con fines contrarios a las leyes (art. 266 LOPJ y, en el mismo sentido, art. 3.2 del Reglamento 1/2005). El propio TC ha declarado que el principio de publicidad del contenido de las sentencias tampoco es absoluto y que puede verse limitado por la protección de determinados derechos fundamentales (STC 114/2006, de 5 de abril). El acceso al contenido de las sentencias se lleva a cabo por el letrado de la Administración de Justicia, que debe valorar el interés de los solicitantes y los derechos afectados.

El artículo 235 LOPJ permite el acceso de los interesados a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado mediante las formas de exhibición, testimonio o certificación que establezca la ley; el art. 235 bis LOPJ añade que, sin perjuicio de lo establecido en el art. 236 quinquies.1 —al que seguidamente nos referimos— y de otras restricciones que pudieran prever otras leyes, «el acceso al texto de las sentencias, o a determinados extremos de las mismas, o a otras resoluciones dictadas en el seno del proceso, solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda».

El art. 235 ter establece que es público el acceso a los datos personales contenidos en los fallos de las sentencias dictadas en aplicación de los delitos previstos en los artículos 305, 305 bis y 306 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; los artículos 257 y 258 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cuando el acreedor defraudado hubiese sido la Hacienda Pública; el artículo 2 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, siempre que exista

un perjuicio para la Hacienda Pública estatal o de la Unión Europea. En estos casos, el letrado de la Administración de Justicia debe emitir un certificado en el que haga constar concretamente los datos que permitan la identificación del proceso judicial —nombre y apellidos o denominación social del condenado y, en su caso, del responsable civil, delito por el que se le hubiera condenado, las penas impuesta y la cuantía correspondiente al perjuicio causado a la Hacienda Pública por todos los conceptos, según lo establecido en la sentencia—.

### 3. INFORMACIÓN E INTIMIDAD

Como se ha puesto de manifiesto en las páginas introductorias, el art. 20.4 de la CE establece que el derecho a la libre información puede verse limitado por los derechos a la intimidad de las partes del proceso —tanto del investigado y acusado— como —en lo que a nosotros nos interesa— de la víctima del delito, así como por otros derechos referidos en dicho artículo. Como afirma el TC en su sentencia 231/1988, de 2 de diciembre, el derecho a la intimidad, junto con el derecho al honor y el derecho a la propia imagen se integra dentro de los derechos de la personalidad (art. 18.1 CE): «[...] derivados sin duda de la “dignidad de la persona”, que reconoce el art. 10 de la CE, y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de la vida humana»; en no pocas ocasiones es difícil deslindar unos de otros. El Tribunal Constitucional ha ido, pese a ello, desgranando el alcance cada uno de ellos y fijando su contenido esencial, contenido que debe ser respetado por todos los ciudadanos y poderes públicos.

El contenido esencial debe ser el parámetro a tomar en consideración en los casos de fricción o colisión entre estos derechos y el derecho a la información. La ponderación de los intereses en juego es fundamental para determinar qué derecho debe ceder. En la STC 104/1986, de 26 de octubre, el TC ya dejó claro que cuando se produce un conflicto entre los derechos reconocidos en el art. 18.1 CE —en este caso concreto, se trataba de una colisión entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión e información— «se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otras. Es cierto que el derecho al honor es considerado en el art. 20.4 (reproduciendo casi literalmente el inciso final del art. 5.2 de la Ley Fundamental alemana) como límite expreso de las libertades del 20.1 de la Constitución, y no a la inversa, lo que podría interpretarse como argumento en favor de aquel. Pero también lo es que las libertades del art. 20, como ha dicho este Tribunal, no solo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan “el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático” (STC 12/1982, de 31 de marzo)». En esta materia, la jurisprudencia constitucional ha experimentado una evolución, reflejada de forma muy clara por Orenes y otros autores (Orenes, 2008: 147 y ss.; Beltrán, 2001: 42; Martínez, 2016: 417 y ss.). Partiendo del dicción literal del art. 20.4, inicialmente se daba



preferencia a los derechos del art. 18.1, pero posteriormente ha primado la interpretación caso por caso a la que nos hemos referido, lo que, en general, supone que no puede afirmarse *a priori* la prevalencia de un derecho sobre el otro y que, como dijimos en las páginas iniciales, esta debe especialmentemente a la veracidad de la información y la relevancia pública o interés social de la noticia (STC 127/2003, de 30 de junio).

Por otra parte, en la ponderación es fundamental determinar el contenido del derecho a la intimidad, una tarea nada fácil, como han puesto de manifiesto no pocos autores (Romero, 1987: 27; Herrán 1995: 65; Sánchez, 1997: 291 y 293; Cabezuelo, 1998: 36-40; Carrillo, 2003: 56; Orenes, 2008: 174 y ss.; Martínez, 2016: 421). Ante la falta de definición constitucional y legal del derecho —que ni siquiera se define en la Ley 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen—, el Tribunal Constitucional ha realizado una importante labor definitoria y de delimitación de dicho derecho (Fayos, 2000: 353 y ss.). Así, y sin pretensión de exhaustividad, en la STC 171/1990, de 5 de noviembre, se considera una «realidad intangible cuya extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico y cuyo núcleo esencial en sociedades pluralistas ideológicamente heterogéneas deben determinar los órganos del Poder Judicial». Muy clara es la STC 185/2002, de 14 de octubre, cuando afirma que el derecho a la intimidad «tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre; 197/1991, de 17 de octubre; 127/2003, de 30 de junio: “este último derecho fundamental tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, excluido tanto del conocimiento ajeno como de las intromisiones de terceros, sean estos poderes públicos o simples particulares, en contra de su voluntad”), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. No garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el art. 18.1 CE garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada (SSTC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5, y 99/2002, de 6 de mayo, FJ 6)». Al respecto, *vid.*, también Martínez (2016: 415) y STC 134/1999, de 15 de julio: «Lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. Del precepto constitucional se deduce que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes ju-

rídicos constitucionalmente protegidos. A nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada personal o familiar (SSTC 73/1982, 110/1984, 170/1987, 231/1988, 20/1992, 143/1994, 151/1997, y Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *caso X e Y*, de 26 de marzo de 1985; caso *Leander*, de 26 de marzo de 1987; caso *Gaskin*, de 7 de julio de 1989; caso *Costello-Roberts*, de 25 de marzo de 1993; caso *Z*, de 25 de febrero de 1997)».

Como hemos señalado en la introducción, es más que frecuente que, a la hora de informar sobre los sucesos delictivos, se revelen datos de la víctima que van más allá de su propia identidad. Es evidente que, al respecto, en no pocas ocasiones se produce una retroalimentación morbosa que hace muy difícil delimitar qué datos deben facilitarse y qué datos no deben hechos públicos —datos cuya eventual divulgación supondría una clara intromisión del derecho a la intimidad de la víctima—. Es fundamental, pues, deslindar qué informaciones relativas a la víctima son realmente importantes y necesarias para la comprensión de la información y para que el derecho a la información cumpla la función que tiene atribuida constitucionalmente y qué informaciones son innecesaria y solo pretenden alimentar el morbo u obtener, mediante su divulgación, algún tipo de provecho, económico, político, etc. (Serra, 2010: 243 y ss.; Serra, 2015: 200 y 210 y ss., autora que habla de un «exceso informativo»). En el marco del auge tecnológico, esta tarea tropieza con mayores dificultades (Encinar, 2012: 852; Acale 2015: 10).

El problema estriba en que es perfectamente factible que se pueda transmitirse una información veraz y sobre un hecho noticiable por su interés y que, al mismo tiempo, se revelen datos sobre la vida privada de la víctima, sobre sus hábitos, etc. La clave es, por tanto, determinar si la divulgación de esos datos es realmente necesaria a los fines de la información, ya que, de no serlo, se producirá una vulneración del derecho a la intimidad incluso en el caso de que la información sea veraz. Este es el análisis que realiza el propio Tribunal Constitucional, que parte del carácter *necesario* de la noticia.

Reproducimos a continuación parte de la STC 121/2002, de 20 de mayo —que cita la STC 76/2002, de 8 de abril— porque consideramos que sintetiza de forma muy clara esta cuestión: «[...] señalando las pautas que debe seguir la consideración conjunta de los derechos fundamentales aquí involucrados: 1) Tanto la libre comunicación de información como la libertad de expresión tienen una dimensión especial en nuestro Ordenamiento en razón de su doble carácter de libertad individual y de garantía de la posibilidad de existencia de la opinión pública, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático (SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 78/1995, de 22 de mayo, entre otras muchas). 2) En el enjuiciamiento de la corrección del ejercicio de estos derechos y libertades ha de tomarse en consideración la trascendencia pública o no de los hechos u opiniones emitidos y si la información que, en su caso, se ofrezca es o no veraz, habida cuenta de la relevancia de la información que reúne dichas características como base de una sociedad democrática (SSTC 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 2; 178/1993, de 31 de mayo, 320/1994, de 28 de noviembre y 138/1996, de 16 de septiembre, FJ 3). 3) Entre los elementos a tener en cuenta en la valoración de la trascendencia pública de los hechos divulgados cobran especial relevancia la materia de la información, su interés público y su

contribución a la formación de una opinión pública libre (STC 49/2001, de 26 de febrero, FJ 6), así como el vehículo utilizado para difundir la información, en particular si este es un medio de comunicación social (SSTC 107/1988, de 8 de junio y 15/1993, de 18 de enero). 4) La veracidad de la información no debe confundirse con una exigencia de concordancia con la realidad incontrovertible de los hechos, sino que en rigor únicamente hace referencia a una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo (SSTC 219/1992, de 3 de diciembre y 41/1994, de 15 de febrero); ahora bien, esta libertad no protege a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la verdad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones insidiosas (STC 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 3). Las noticias, para gozar de protección constitucional, deben ser diligentemente comprobadas y sustentadas en hechos objetivos (SSTC 192/1999, de 25 de octubre, FJ 7, y 110/2000, de 5 de mayo, FJ 8, y SSTEDH caso *Sunday Times*, de 26 de abril de 1979, y caso *Duroy y Malaurie*, 3 de octubre de 2000); no gozarán de tal protección si se acredita la malicia del informador (STC 192/1999, de 25 de octubre, FJ 6) [...]

No merecen, por tanto, protección constitucional aquellas informaciones en que se utilicen insinuaciones insidiosas o vejaciones dictadas por un ánimo ajeno a la función informativa o cuando se comuniquen, en relación a personas privadas, hechos que afecten a su honor o a su intimidad y que sean innecesarios e irrelevantes para lo que constituye el interés público de la información. En tales casos ha de estimarse que el medio de comunicación no se utiliza con una finalidad informativa, sino “en forma innecesaria y gratuita en relación con esa información” (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 8; 171/1990, FJ 5) y que, por tanto, no está amparado en el art. 20.1 d) CE, por carecer de la necesaria relevancia pública (SSTC 171/1990, FJ 5; 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 6; 40/1992, de 30 de marzo, FJ 3; 85/1992, de 8 de junio, FJ 4; 138/1996, de 16 de septiembre, FJ 3)». En sentido similar se pronuncia la STC 127/2003, de 30 de junio.

No son pocas, pues, las sentencias del Tribunal Constitucional en las que, sin cuestionar la veracidad de la información facilitada y el interés social en ser informado, se considera que se han divulgado datos de la víctima absolutamente innecesarios, en el sentido de que no aportan información relevante alguna (STC 185/2002, de 14 de octubre, respecto a aspectos de la vida privada de una persona que había sufrido una agresión sexual; y STC 127/2003, de 30 de junio, en la que se analiza la información sobre ciertos datos que permitieron identificar a la víctima de un delito contra la libertad sexual cometido por su padre). Esta última sentencia afirma claramente: «Ahora bien, en esta ocasión no resulta primordial dilucidar si la información transmitida resulta o no veraz, es decir, si la periodista satisfizo el específico deber de diligencia al que ha venido refiriéndose este Tribunal desde su STC 6/1988, de 21 de enero, F. 5 —mediante la aplicación de los criterios sistematizados en la STC 52/2002, de 25 de febrero, F. 6— ya que, tratándose de la intimidad, la veracidad de la información “no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión” (STC 185/2002, de 14 de octubre, F. 4 y las resoluciones allí mencionadas).

Consecuentemente, tampoco resulta pertinente examinar si, según sostienen los demandados en el proceso *a quo* y parte compareciente en este recurso de amparo, las informaciones publicadas han de ser consideradas o no “reportaje neutral”. En efecto, abstracción hecha de lo discutible que resulta calificar de este modo los reportajes periodísticos en cuestión, en la medida en que no dan a conocer hechos u opiniones expresados por terceros para su divulgación sino como parte de la actividad procesal conducente al adecuado ejercicio de la función de administrar justicia, y que al hacerlo se proporcionan datos de elaboración del propio medio de comunicación —destacadamente la fotografía del acusado entrando en la Sala donde había de celebrarse la vista oral—, es lo cierto que dicha figura y la doctrina sobre ella elaborada por este Tribunal (sintetizada en la STC 76/2002, de 8 de abril, FJ 4) se incardinan con toda naturalidad en el examen del cumplimiento del requisito de la veracidad. De tal modo que, aun en la hipótesis de que pudiéramos convenir en la mentada denominación de los artículos periodísticos, este solo hecho no excluiría, por las razones ya expuestas, la posible vulneración del derecho a la intimidad de la demandante de amparo. Conclusión a la que ha de llegarse con mayor razón en un caso, como el presente, en el que con la publicación periodística, tal y como se ha efectuado, hubo una efectiva frustración de la finalidad de la decisión judicial de celebrar el juicio a puerta cerrada».

Este tipo de información está expresamente considerado como vulnerador del derecho en la Ley 1/1982 (artículo séptimo).

Obviamente, todas estas cautelas ceden cuando es la propia víctima la que ha decidido desvelar la información o permitir que se desvele.

#### 4. LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD DE LA VÍCTIMA, ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO

Si bien, como veremos, las medidas de protección de la intimidad de la víctima están dispersas en varias normas jurídicas, nos ocuparemos principalmente de las previsiones contenidas en el Estatuto de la víctima del delito (Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito) por dos motivos: en primer lugar, porque es la norma más reciente y, por tanto, se presupone que es la más sensible con esta problemática, y, en segundo lugar, porque acoge a la mayoría de las medidas ya previstas en normas anteriores —en no pocos casos, obsoletas— y las actualiza dando cabida a las normas de Derecho comunitario —no en vano, la aprobación del Estatuto de la víctima supuso la transposición de la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, que sustituye a la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

##### 4.1. MEDIDAS PREVISTAS EN EL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA

En su Título III, el Estatuto de la víctima contempla una serie de derechos de clara finalidad tuitiva, en la medida en que todos ellos tienen como objetivo la adecuada protección

de la víctima de un delito durante el desarrollo del proceso penal, con especial atención a la fase de investigación. Más allá de la protección de la víctima —como su nombre indica—, una de las finalidades principales de tales medidas es la disminución de la victimización secundaria. Precisamente por ello, la ley tutela un conjunto de derechos de la víctima que es parte y de la que no lo es, y es especialmente interesante para esta última. Excede de nuestros propósitos analizar todas las medidas de protección de la víctima contempladas en el Estatuto (en detalle, De Hoyos, 2013: 47 y ss.; Gómez Colomer, <sup>2</sup>2015: 326 y ss.; Planchadell, 2015: 155 y ss.). Nos detendremos únicamente en aquellas que la ley aquí comentada prevé para proteger su derecho a la intimidad, derecho que, como hemos indicado, puede verse afectado tanto en la fase de investigación como en la de enjuiciamiento.

Más allá de proteger a la víctima de intromisiones en su derecho a la intimidad, el objetivo común de todas las medidas orientadas a este fin contenidas en el Estatuto es la evitación de la victimización secundaria, que en ciertos ilícitos —típicamente, los delitos contra la libertad sexual, la violencia de género o similares— exige especial consideración. Así pues, la ley pone de manifiesto que la victimización —en este caso, secundaria— no proviene únicamente de los agentes de la autoridad, sino también del modo en que los medios de comunicación tratan a la víctima de un proceso (Beristaín, 1999; Martín, 2011: 175; Acale, 2013: 20 y ss.; Serra, 2015: 200). En este mismo sentido se pronuncian el apartado F de la Recomendación (85) 11, del Comité de Ministros del Consejo de Europa «Sobre la posición de la víctima en el Derecho y el Proceso Penal» y el apartado 9º de la Recomendación (87) 21 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el 17 de septiembre de 1987. Como afirma Orenes, «la información no puede constituirse en un vehículo a través del cual se infiera a las mismas [las víctimas] un daño moral añadido al ya sufrido, al revelarse determinados aspectos de su vida privada que las propias víctimas no tienen interés en que salgan a la luz, produciéndose una victimización secundaria» (Orenes, 2008: 179). Así lo pone de manifiesto la Circular 3/2005, de la Fiscalía General del Estado, sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación, que atribuye un papel fundamental al Ministerio Fiscal en la evitación de este tipo de victimización en los casos de delitos contra la libertad sexual (Martín, 2011: 183).

El punto de partida debe ser la obligación impuesta por el art. 19 del Estatuto a las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, la persecución y el enjuiciamiento de los hechos delictivos de adoptar las medidas necesarias para garantizar a la víctima y sus familiares el respeto a su propia vida, su integridad física y psíquica, su libertad, su seguridad, libertad e indemnidad sexuales, su intimidad y su dignidad, haciendo hincapié en los casos en que la víctima, directa o indirecta, debe testificar en juicio. Esta medida es ya trascendente, pero lo es todavía más en el caso de las víctimas en situación de vulnerabilidad, que por sus especiales circunstancias son acreedoras de un plus de protección.

Encontramos, pues, en este artículo, centrado en el derecho a la protección física de la víctima, una referencia expresa a la intimidad, lo que conlleva que la obligación tuitiva a la que se refiere el texto legal debe concretarse en la adopción de las medidas de protección que se consideren más adecuadas para la protección de este derecho, atendiendo a la situación y características concretas de la víctima.

El art. 21 reconoce una serie de medidas orientadas a la protección de la víctima durante la fase de investigación penal; concretamente, impone a las autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal velar —sin perjudicar la eficacia del proceso— por que se reciba declaración a la víctima cuando resulte necesario y sin dilaciones indebidas, que se haga el menor número de veces posibles y únicamente cuando resulte necesario para los fines de la investigación penal. En sus declaraciones, las víctimas podrán estar acompañadas por su representante procesal, legal o por una persona de su confianza y elección, acompañamiento que puede ser exigido en cualquier otra diligencia en que deba intervenir, salvo que, motivadamente, el funcionario o autoridad encargado de su práctica resuelva lo contrario. Particular interés tiene para nosotros la previsión del Estatuto relativa al reconocimiento médico, que establece que este debe llevarse a cabo cuando resulte imprescindible para los fines del proceso y que su número debe ser el menor posible (Agudo, Perino y Jaén, 2016: 112-114; Gómez, 2015: 393 y 394; Planchadell, 2015: 163-164).

Además de lo que se ha señalado, es especialmente importante el art. 22, que establece expresamente que los jueces, tribunales, fiscales y demás autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal, así como todos aquellos que de cualquier modo intervengan o participen en el proceso, adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la ley, las medidas necesarias para proteger la intimidad de todas las víctimas y sus familiares, y que deben tener especial cuidado en impedir que se difunda cualquier tipo de información que permita la identificación de las víctimas menores de edad o con discapacidades, necesitadas de especial protección.

En cuanto a las medidas concretas que pueden adoptarse para hacer efectiva esta protección, el art. 22 del Estatuto de la víctima —a nuestro juicio, insuficiente— hace referencia a la prohibición de la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de la víctima, de los datos que puedan facilitar su identificación o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección, así como a la prohibición de la obtención, divulgación o publicación de imágenes de la víctima o de sus familiares. En el número 3 del artículo citado se hace especial énfasis en estas medidas cuando se trata de menores de edad o víctimas con discapacidad.

En la eficacia de todas estas medidas de protección, así como en el ejercicio del conjunto de derechos reconocidos a la víctima, las Oficinas de Asistencia a las Víctimas están llamadas a jugar un papel fundamental. Por ello, el Título IV del Estatuto dedica el Capítulo I a estos organismos (arts. 27 a 29, que incluyen —con especial referencia al art. 23.2— la valoración de las circunstancias particulares de las víctimas para determinar qué medidas de apoyo o asistencia pueden ser más adecuadas en cada caso).

#### 4.2. MEDIDAS PREVISTAS EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

Idénticas medidas encontramos en el art. 681.2 de la LECrim, artículo al que —como vimos— se refiere el art. 301 bis del mismo cuerpo normativo al regular la posibilidad de declarar la reserva de la investigación para proteger, entre otros derechos, la intimidad de la víctima o de su familia.

Estas medidas conviven con la tradicional declaración de que todas o algunas de las sesiones del juicio oral se celebren a puerta cerrada (art. 681.1 LECrim). El art. 682 se refiere a la posibilidad de limitar —con idéntica finalidad tuitiva— el acceso de los medios de comunicación audiovisuales a las sesiones del juicio oral y de prohibir que se graben todas o algunas de las sesiones del mismo.

Igualmente, ya en fase de juicio oral, el art. 709 LECrim permite al juez o al presidente del tribunal que, durante la práctica de la prueba, adopte las medidas para impedir que se formulen a la víctima preguntas innecesarias relativas a su vida privada y que no tengan relevancia ni relación con el hecho delictivo, a salvo de que el juez estime que deben ser necesariamente contestadas para valorar los hechos o la credibilidad de sus declaraciones.

### 4.3. MEDIDAS PREVISTAS EN LA LEY DE PROTECCIÓN DE TESTIGOS Y PERITOS

A todas estas medidas debemos añadir las que contempla la obsoleta Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales, dado que la víctima es testigo directo del delito y, por tanto, declarará como tal cuando no se acoja a la exención prevista en el art. 416 LECrim. Esta concurrencia en el mismo sujeto de la condición de víctima y testigo —cuyas relevantes consecuencias no corresponde abordar ahora—, lleva a que en su declaración como testigo deban tomarse especiales medidas destinadas a evitar la afectación, entre otros, de su derecho a la intimidad, derechos que deben compatibilizarse con los derechos del acusado, particularmente su derecho de defensa (Climent, 2005: 139).

Tal y como declara su propio título, esta ley tiene como finalidad establecer medidas de protección de quienes deben declarar en un proceso como testigos o como peritos a fin de evitar las posibles reticencias y temores que para dar cumplimiento a la obligación prevista en el art. 118 CE de colaboración con la Administración de Justicia.

Las medidas concretas previstas en esta ley pretenden preservar la identidad de los testigos y peritos. Así, el art. 2 prevé que, sin perjuicio de la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado, pueden adoptarse las siguientes medidas para preservar la identidad de los testigos y peritos, pero también su domicilio, profesión o lugar de trabajo: *i)* que en las diligencias que se practiquen no conste su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión ni cualquier otro dato que pudiera servir para su identificación; para omitir esta información, puede utilizarse un número o una clave; *ii)* que para la práctica de las diligencias comparezca utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal; y *iii)* que, a efectos de citaciones y notificaciones, se fije como domicilio la sede del órgano judicial interviniente, que las hará llegar reservadamente a su destinatario. Si bien la ley no concreta qué mecanismos se podrían adoptar para ocultar la identidad del sujeto, se entiende que estos serán los más adecuados y proporcionales a la finalidad que cumplen con independencia de la fase procesal penal en que sea necesario proteger al testigo o perito —instrucción, enjuiciamiento e incluso ejecución—. Es importante señalar que dichas medidas deben, en todo caso, preservar la dignidad de la persona.

Con igual proporcionalidad debe determinarse el ámbito subjetivo de la medida, —es decir, a quién se ocultará la identidad el testigo o perito—; debe evitarse una ocultación total que impida al tribunal acceder visualmente al testigo o perito en su declaración (Del Moral y Santos, 1996: 152).

Igualmente, los sujetos protegidos por la ley pueden solicitar ser conducidos a las dependencias policiales y judiciales —o al lugar en que deba practicarse alguna diligencia o a su domicilio— en vehículos oficiales, así como que se les facilite un lugar reservado —donde puedan estar custodiados— durante el tiempo en el que permanezcan en dichas dependencias.

Sin perjuicio de lo dicho, el art. 4.3 permite que cualquiera de las partes solicite motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, y el juez debe proporcionar esta información. Ello es debido a que a ocultación de la identidad del testigo, prevista expresamente en la ley, puede suponer una vulneración del derecho de defensa del acusado, en la medida en que se le impide conocer la identidad del testigo y, por tanto, la posibilidad de defenderse de manera adecuada frente a sus declaraciones y de poner en duda su credibilidad (Climent, 2005: 139; STS de 19 de julio de 1999, núm. 1230/1990; y SSTS de 28 de enero de 2002, núm. 98/2002; de 3 de junio de 2002, núm. 1027/2002).

El art. 3.1 de la ley se refiere directamente a los medios de comunicación y establece que los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, el Ministerio Fiscal y el órgano jurisdiccional velarán por evitar que se les tome fotografías o que se capte su imagen por cualquier otro medio, debiendo, en tal caso, proceder a retirar el material, que será devuelto posteriormente, una vez se haya comprobado que no existen datos que permitan identificar al testigo.

La decisión judicial al respecto debe basarse, nuevamente, en la ponderación de los intereses en juego, concretamente: *i*) el interés estatal en erradicar la delincuencia y facilitar la investigación; *ii*) el interés del testigo en poder declarar con plena libertad, sin verse sometido a presiones que puedan ejercerse sobre él o sus familiares; y *iii*) el interés del imputado en conocer todos los extremos de la imputación para ejercer su derecho de defensa sin limitación.

#### 4.4. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD DE LAS VÍCTIMAS VULNERABLES

Si bien no existe en el Estatuto de la víctima una definición de víctimas vulnerables, partiendo de no pocos textos internacionales —y de la propia Directiva 2012— podemos considerar víctimas vulnerables o con necesidades especiales a aquellas que, en atención a ciertas circunstancias (edad, razones sociales o culturales, situación de minusvalía o discapacidad) y la gravedad y naturaleza del delito del que hayan sido víctimas (por ejemplo, su naturaleza especialmente violenta), son susceptibles de sufrir de forma más severa los efectos de victimización, circunstancia que exige que sean objeto de un estudio, una valoración y un tratamiento específicos. Es el caso, por ejemplo de los menores, las personas con



capacidad modificada judicialmente, las mujeres, víctimas de ciertos delitos, etc.) (STJUE de 16 de junio de 2005, caso *Pupino*, asunto C105/03; también, Armenta, 2011: *passim*; De Hoyos, 2013: *passim*; Gómez, 2015, 217-218). No cabe duda de que se trata de individuos o colectivos que, en no pocas ocasiones, son sujetos pasivos de conductas que violan grave y manifiestamente las normas internacionales en materia de derechos humanos, del Derecho internacional humanitario o del Derecho internacional penal, de ahí la especial atención que, desde esta perspectiva, se ha prestado a las mismas.

Precisamente en razón de esa vulnerabilidad, el legislador ha extremado el conjunto de medidas de protección para las víctimas especialmente vulnerables; este entramado protector contempla medidas generales previstas para toda víctima del delito y medidas específicas para las víctimas vulnerables, a las que se suman medidas previstas legalmente para las víctimas de determinados delitos —por ejemplo, terrorismo, delitos sexuales y violentos, violencia de género, etc.—. Este conjunto de medidas tiene como finalidad principal asegurar la libertad, la vida y la integridad física y psíquica de las víctimas y sus familiares, así como neutralizar los riesgos de represalias, intimidación y victimización secundaria (Aguaado, Fernández y Jaén, 2016: 108).

Lo que sí prevé el Estatuto es que el concreto régimen de protección de las víctimas vulnerables sea el resultado de una evaluación individual de la misma que atienda —en el caso español— a lo que establece el art. 23 del Estatuto, particularmente a la situación personal de la víctima, a la naturaleza del delito y a la gravedad de los efectos y perjuicios del mismo sobre la persona (Villacampa, 2015: 168 y ss.; De Hoyos, 2013: *passim*).

#### 4.4.1. Medidas previstas en el Estatuto de la víctima

En la regulación de estas medidas, el Estatuto de la víctima distingue la fase de investigación y la de enjuiciamiento. En la primera, contempla la posibilidad de que la declaración de la víctima se tome en dependencias especialmente concebidas (y adaptadas) para tal fin (dependencias que no existen todavía en la mayoría de los juzgados y dependencias policiales), que se lleve a cabo por profesionales con formación especial para reducir —o limitar— los perjuicios a la víctima o que la declaración se tome por la autoridad competente, pero con la ayuda de estos profesionales. Igualmente se prevé que, cuando sea posible, la toma de declaración a una misma víctima se realice por misma persona y que, cuando se trate de alguna de las víctimas a que se refieren los apartados 3 y 4 del apartado 2 del art. 23, se lleve a cabo por una persona del mismo sexo que la víctima cuando esta así lo solicite, salvo que pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o que la declaración deba ser tomada por el fiscal o el juez.

En la fase en enjuiciamiento, las medidas se orientan a evitar el contacto visual entre la víctima y el agresor, y a garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de vistas, recurriendo, para ello, a los avances tecnológicos disponibles, cuya implementación podrá exigida cuando no existan; asimismo, el Estatuto prevé la adopción de las medidas oportunas para evitar que se formulen preguntas relativas a la vida privada de la víctima —salvo que el juez o tribunal dispongan lo contrario, estas medidas son también

aplicables a la fase de investigación—; y la celebración de la vista oral sin público, aunque sí permite la presencia de personas que acrediten un especial interés en la causa. Las medidas concretas a adoptar para evitar las preguntas que eventualmente afecten a la intimidad de la víctima quedan indeterminadas: el juez debe decidir las individualmente en cada caso concreto, «jugando» con la declaración de improcedencia de ciertas preguntas, no permitiendo que se formulen o impidiendo que sean respondidas.

Por último, en tanto que, como ya hemos dicho, también puede ser testigo, junto con las previsiones del art. 2 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, el Estatuto reitera las siguientes previsiones: que en las diligencias que se practiquen no conste su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo, profesión o cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para la identificación un número o cualquier otra clave; que comparezcan para la práctica de todas las diligencias a través cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal; y que se fije como domicilio a efectos de citaciones y notificaciones la sede del órgano judicial interviniente, que las hará llegar reservadamente a su destinatario.

Complementariamente, el art. 26 reconoce un conjunto de medidas de protección aplicables únicamente a menores y a personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Se trata de un conjunto de medidas cuya finalidad es, en general, evitar —o al menos reducir la posibilidad de— que el desarrollo de la investigación y celebración del juicio genere perjuicios añadidos a la víctima, esto es, impedir la victimización secundaria, en este caso respecto a un tipo de víctima del delito que se considera más vulnerable. Si bien el Estatuto hace referencia a cualquier medida que permita cumplir dicha finalidad, enumera en particular algunas medidas que puede ser útiles para proteger y garantizar de la intimidad de estas víctimas: la grabación de las declaraciones emitidas durante la fase de investigación para —en su caso— su reproducción en el juicio oral (arts. 714 y 730 LE-Crim); cuando, a la vista de la falta de madurez de la víctima, resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, el juez de instrucción podrá acordar que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y del Ministerio Fiscal. Con la misma finalidad podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, que se excluya o limite la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, y siempre que ello resulte posible, el juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o pedir aclaraciones a la víctima, (art. 433, IV LECrim).

En caso de duda sobre la edad de la víctima o cuando esta no pueda ser determinada con certeza, se presumirá que se trata de una persona menor de edad a los efectos de la adopción de medidas de protección.

Particularmente, los menores de edad víctimas de delito contra la libertad o indemnidad sexual serán protegidos mediante las mismas medidas —previstas en el art. 25.1— que se aplican cualquier víctima en la fase de investigación, con excepción de toma de declaración por persona del mismo sexo (art. 23.3 Estatuto de la víctima).

Como puede deducirse claramente del análisis de las previsiones anteriores, las autoridades y funcionarios están obligados a adoptar toda una serie de medidas que deberán adaptar a las necesidades particulares de las distintas víctimas, especialmente cuando se trate de víctimas especialmente vulnerables o «con necesidades especiales de protección» a las que se refiere al Estatuto, para las que se prevé una evaluación individual; el art. 26 añade determinadas medidas específicas de protección para los menores y para las personas necesitadas de especial protección.

#### 4.4.2. Medidas previstas en otras normas

Junto a estas previsiones generales del Estatuto, otras normas contemplan medidas de protección de «categorías» concretas de víctimas vulnerables.

Así, el artículo 63 de la Ley 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género establece la obligación de proteger la intimidad de la víctima en las actuaciones y procedimientos relacionados con esta modalidad de violencia, particularmente en lo referente a sus datos personales, los de sus descendientes y los de cualquier persona que esté bajo su guarda o custodia. Nuevamente, el precepto no especifica qué acciones concretas pueden adoptarse a tal fin. Igualmente, el artículo citado contempla la posibilidad de celebrar la vista a puerta cerrada y la reserva de las actuaciones, declaración que procederá de oficio a instancia de parte.

En la interpretación de este artículo, la STS núm. 4836/2016, de 10 de noviembre, recuerda en estos términos lo dicho sobre la necesidad —o no— de aportar ciertos datos al suministrar la información sobre un hecho delictivo y lo que acaece en el proceso penal:

«Entrando por tanto a resolver el recurso, su único motivo debe ser estimado por las siguientes razones:

1.<sup>a</sup>) No se discute el interés de la información cuestionada ni el derecho de la cadena televisiva demandada a emitir imágenes grabadas durante el acto del juicio oral de la causa penal, ya que no consta ninguna limitación al respecto acordada por el órgano judicial.

2.<sup>a</sup>) El único punto controvertido es, por tanto, si la identificación de la demandante como víctima de los delitos enjuiciados en dicha causa penal, mediante primeros planos de su rostro y la mención de su nombre de pila y lugar de residencia, estaba también comprendida en el derecho fundamental de la cadena de televisión demandada a transmitir información veraz o, por el contrario, quedaba limitada por los derechos fundamentales de la demandante a su intimidad personal y a su propia imagen.

3.<sup>a</sup>) Respecto de esta cuestión la jurisprudencia ha reconocido el interés general y la relevancia pública de la información sobre causas penales (sentencia 547/2011, de 20 de julio), que se acentúan en los casos de maltrato físico y psicológico (sentencias 128/2011, de 1 de marzo, y 547/2011, de 20 de julio), pero también ha puntualizado, en cuanto a la identificación de las personas que intervienen en el juicio, que el acusado y la víctima no se encuentran en un plano de igualdad, pues en cuanto a aquel sí cabe una identificación completa, y no solo por sus iniciales, debido a la naturaleza y trascendencia social de los delitos de malos tratos (sentencia 547/2011, de 20 de julio).

4.<sup>a</sup>) Precisamente en relación con las actuaciones y procedimientos sobre violencia de género, el art. 63 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, establece una protección reforzada de la intimidad de las víctimas, “en

especial, sus datos personales, los de sus descendientes y los de cualquier otra persona que esté bajo su guarda o custodia” (apdo. 1), facultando a los jueces para “acordar, de oficio o a instancia de parte, que las vistas se desarrollen a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas” (apdo. 2). 5.ª) La circunstancia de que en el presente caso el órgano judicial no acordara esas medidas y la demandante hoy recurrente tampoco las solicitara, ni por sí misma ni mediante su abogado, omisiones que la sentencia recurrida considera relevantes para no apreciar una intromisión ilegítima en la intimidad y la imagen de la recurrente, no puede entenderse como una habilitación incondicionada a los medios que los eximiera de agotar la diligencia debida en el tratamiento de la información ponderando el daño que podían infligir a la víctima mediante la llamada «victimización secundaria», que en este caso consistió en superponer al daño directamente causado por el delito el derivado de la exposición pública de su imagen y su intimidad al declarar en el acto del juicio oral.

6.ª) En definitiva, la cadena de televisión demandada debió actuar con la prudencia del profesional diligente y evitar la emisión de imágenes que representaban a la recurrente en primer plano, bien absteniéndose de emitir las correspondientes tomas, bien utilizando procedimientos técnicos para difuminar sus rasgos e impedir su reconocimiento (sentencia 311/2013, de 8 de mayo). De igual modo, también debió evitar la mención de su nombre de pila, porque este dato, insuficiente por sí solo para constituir intromisión ilegítima, pasó a ser relevante al pronunciarse en pantalla simultáneamente con la imagen de la demandante y añadirse la mención de su localidad de residencia, datos todos ellos innecesarios para la esencia del contenido de la información, como demuestran las noticias sobre el mismo juicio publicadas al día siguiente en otros medios.

7.ª) La identificación de la demandante mediante su imagen y los datos personales indicados y su directa vinculación con un episodio de violencia de género y otros delitos graves, cuando era previsible la revelación simultánea o posterior de datos referidos a cómo se conocieron la víctima y su agresor y a la forma en que sucedieron los hechos delictivos, supone que la pérdida del anonimato vulnerase tanto el derecho de la demandante a su propia imagen, por la emisión de sus rasgos físicos, como su intimidad personal y familiar, en la medida en que unos datos reservados, pertenecientes a su vida privada (que acudió a Internet para iniciar una relación o el contenido íntimo de algunas de sus charlas), carentes de entidad ofensiva en una situación de anonimato, pasaron a tenerla desde el momento en que cualquier persona que viera esos programas informativos y que residiera en la localidad de la víctima podía saber a quién se referían, de modo que al daño psicológico inherente a su condición de víctima de los delitos se sumó el daño moral consistente en que se conocieran datos de su vida privada que no había consentido hacer públicos».

En su art. 15.3, la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual establece que en todas las fases del procedimiento de investigación el interrogatorio de la víctima deberá hacerse con respeto a su situación personal, sus derechos y su dignidad. El numeral 5 de dicho artículo hace expresa mención a la importancia del rol del Ministerio Fiscal para garantizar un adecuado trato a la víctima, y le impone la obligación de protegerla respecto a toda «publicidad no deseada» que revele datos de su vida privada o que lesione su dignidad, pudiendo, a tal fin —y con remisión a la LECrim y LOPJ— solicitar la celebración del proceso penal a puerta cerrada.

Lo cierto es que el tratamiento protector más extenso lo encontramos en la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, que en su artículo 42 establece la obligación de proteger la intimidad de las víctimas —con especial énfasis en sus datos personales, los de sus descendientes y los de cualquier otra persona que esté bajo su guarda y custodia— en las actuaciones y procedimientos desarrollados en relación con el terrorismo.

Respecto a los medios de comunicación, el art. 46 de esta norma los involucra en la protección y salvaguarda de la imagen de estas víctimas, y dispone que deben evitar cualquier utilización inadecuada y desproporcionada de la misma. Igualmente, establece que la difusión de las informaciones relativas a las víctimas de terrorismo deberá tener en cuenta el respeto a los derechos humanos, la libertad y la dignidad de aquellas y de sus familias y actuar con especial cuidado en el tratamiento gráfico de las informaciones.

Para ello, el art. 47 prevé la posibilidad de que las Administraciones Públicas promuevan acuerdos de autorregulación con mecanismos de control preventivo y de resolución extrajudicial de controversias eficaces que contribuyan al cumplimiento de la legislación publicitaria, así como campañas de sensibilización y formación continua de los profesionales de la información.

Finalmente, el artículo 51 enumera las funciones de las Oficinas de Información y Asistencia a las Víctimas del Terrorismo, entre las que destaca la de promover la salvaguarda de la seguridad e intimidad de las víctimas en su participación en los procesos judiciales para protegerlas de injerencias ilegítimas o actos de intimidación y represalia y de cualquier otro acto de ofensa y denigración.

#### 4.5. BREVE REFERENCIA A LAS MEDIDAS PREVISTAS EN OTRAS NORMAS

Para concluir esta contribución, creemos conveniente recordar que previsiones similares a las indicadas se encuentran en otras normas jurídico-procesales. Así, el art. 44 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, prevé la celebración del juicio a puerta cerrada en términos similares a los establecidos en la LECrim, a la que remite su artículo 43, con la única salvedad de la referencia a la audiencia a los jurados. Por lo demás, los motivos y fundamentos serán los mismos. Para la reserva del procedimiento preliminar, dispone que también deben ser de aplicación las previsiones de la LECrim. No encontramos en esta ley referencia concreta a la intimidad de la víctima, más allá de la remisión a lo que proceda por aplicación de la LECrim.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, cuyo principio inspirador es el interés superior del menor que va a ser enjuiciado por la comisión de un hecho delictivo, prevé en su artículo 24 que el juez de menores declare del secreto total o parcial del expediente a instancia del Ministerio Fiscal, del menor, su familia o de quien ejercite la acción penal (la víctima, en su caso) y durante toda o parte de la instrucción; asimismo, establece que debe darse conocimiento del contenido íntegro del expediente al letrado del menor y a quien ejercite la acción penal al evacuar el trámite de alegaciones. Se trata, por tanto, de una limitación interna —similar a la que, como hemos visto, puede darse excepcionalmente en el proceso penal incoado en el caso de los mayores de edad— que afectará a las partes del proceso.

La posibilidad de celebrar el juicio a puerta cerrada está igualmente prevista por motivos similares a los analizados en las páginas previas, si bien el art. 43 añade que, también la vista del recurso de apelación, el juicio podrá celebrarse a puerta cerrada cuando así lo requiera la preservación del interés de la persona imputada o la víctima.

Ahora bien, la limitación más importante la encontramos en el art. 35.2, que prevé la celebración de la vista del juicio oral a puerta cerrada por idénticos motivos («El juez podrá acordar, en interés de la persona imputada o de la víctima, que las sesiones no sean públicas») y que establece expresamente que «en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación».

Mención final obligada merece la Circular 3/2005, de la Fiscalía General del Estado sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación, cuyo texto señala que, a fin de dar cumplimiento a la previsión del artículo 4.5 de su Estatuto Orgánico, «el Ministerio Fiscal debe articular unas relaciones con la prensa conforme a cánones de transparencia y claridad, posibilitando el acceso de los medios de comunicación —con las reservas y garantías necesarias— a los datos nucleares de los procesos penales en los que concurra interés informativo». Esta Circular insta a los fiscales a adoptar un papel más activo en la dación de información a los medios «como mediadores en el suministro de la información al público en una sociedad democrática». Al facilitar dicha información, obviamente, el Ministerio Fiscal deberá tomar en consideración los derechos e intereses en juego, buscando el equilibrio proporcional entre los mismos. Respecto a los menores, la Circular 3/2005 establece que los fiscales deben oponerse a la captación y difusión de datos que permitan la identificación de los menores cuando aparecen como víctimas o testigos, salvo cuando hayan sido víctimas de homicidio o asesinato.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

La libertad de información y el principio de publicidad de los procesos penales se configuran constitucionalmente como una garantía democrática para los ciudadanos de todo Estado Social y Democrático de Derecho, en la medida en que evitan que la Administración de Justicia y la actuación de los tribunales se sustraigan al control ciudadano. No obstante, este derecho —trascendental para toda democracia— no puede considerarse absoluto y, como prevé el propio artículo 20. 4 CE, puede verse limitado por otros derechos fundamentales que son exigibles a quien participa en un proceso penal, entre ellos el derecho a la intimidad de la víctima.

Ante un posible conflicto entre ambos derechos y dada la imposibilidad de afirmar, como regla general, la preferencia de uno sobre otro, debe procederse a un análisis particular y concreto de los intereses en juego. Más allá de la veracidad de la noticia y su interés social, la clave de la ponderación es que debe dar respuesta a la cuestión de si los datos que se dan a conocer de la víctima son necesarios para la comprensión de la noticia y para la función de control social que cumple la información. Así pues, debe evitarse la revelación de datos tales como la identidad de la víctima, su trabajo, domicilio y, por supuesto, aquellos referidos a sus gustos, su vida privada y sus costumbres, es decir, a comportamientos estrictamente privados que no solo no añaden nada (salvo morbo) a la información, sino que además pueden inducir al público a pensar que la propia víctima ha propiciado el

comportamiento delictivo y que acrecientan la tan preocupante victimización secundaria, especialmente en el caso de las víctimas vulnerables.

Precisamente para evitar esta victimización, nuestro ordenamiento jurídico contempla en diversas leyes medidas de protección de la intimidad de la víctima. Así, junto con las previsiones de la LECrim y de la Ley de protección de testigos y peritos, entre otras, destaca el Estatuto de la víctima del delito como un cuerpo normativo que contempla un catálogo general para las víctimas de todo delito e independientemente de su participación en el proceso. Estas normas, salvo la última referida, contienen las mismas previsiones en protección de la víctima, pero casi ninguna de ellas concreta las actuaciones específicas que pueden adoptarse para llevar a cabo dicha protección, situación que debe cambiar de forma inmediata.

## NOTAS

1. Disponible en: <[https://elpais.com/sociedad/2018/10/08/actualidad/1538987346\\_893318.html](https://elpais.com/sociedad/2018/10/08/actualidad/1538987346_893318.html)>., [Consulta: 09/10/2018.]
2. Disponible en: [https://elpais.com/sociedad/2018/10/08/actualidad/1538987346\\_893318.html](https://elpais.com/sociedad/2018/10/08/actualidad/1538987346_893318.html)>., [Consulta: 09/10/2018.]
3. Disponible en: <[https://elpais.com/tag/caso\\_la\\_manada/a](https://elpais.com/tag/caso_la_manada/a)>. [Consulta: 21/10/2018.]
4. Disponible en: <[https://www.lespanol.com/espana/20180505/error-distribucion-sentencia-descubierto-identidad-victima-manada/304970055\\_0.html](https://www.lespanol.com/espana/20180505/error-distribucion-sentencia-descubierto-identidad-victima-manada/304970055_0.html)>.
5. Disponible en: <<https://www.elmundo.es/espana/2018/10/22/5bce035a46163f5b8e8b4598.html>>.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, María (2013): «Derecho Penal, imagen e intimidad: Especial referencia a los procesos de victimización de las mujeres», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, X, 13-64.
- (2015): «Difusión no consentida de imágenes grabadas con el consentimiento de la víctima. Derecho Penal, imagen e intimidad tras la reforma del Código Penal español», *Revista de Derecho Penal*, 23, 7-36.
- AGUDO FERNÁNDEZ, Enrique, Manuel PERRINO PÉREZ y Ángel Luis JAÉN VALLEJO (2016): *La víctima en la Justicia penal*, Madrid: Dykinson.
- ARMENTA DEU, Teresa (2001): *Código de buenas prácticas para la protección de víctimas especialmente vulnerables*, Madrid: Colex.
- BELTRÁN BALLESTER, Enrique (2001): «Los procesos penales y los medios de comunicación», en J. M. Bernardo *et al.* (eds.), *Justicia y representación mediática*, Madrid: Biblioteca Nueva, 29-50.
- BERISTAÍN, Antonio (1999): *Criminología y Victimología: Alternativas recreadoras al delito*, Bogotá: Leyer.
- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan (1992): *El valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal*, Madrid: Civitas.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura (1998): *Derecho a la intimidad*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- CARRILLO LÓPEZ, Marc (2003): *El derecho a no ser molestado*, Cizur Menor: Aranzadi.
- CLIMENT DURÁN, Carlos (2005): *La prueba penal*, tomo I, Valencia: Tirant lo Blanch.

- DE HOYOS SANCHO, Montserrat (2013): *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la unión europea*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2017): «El tratamiento procesal de las víctimas tras las reformas de 2015», en O. Fuentes Soriano (coord.), *El proceso penal: Cuestiones fundamentales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DEL MORAL GARCÍA, Antonio y Ángel María SANTOS VIJANDE (1996): *Publicidad y secreto en el proceso penal*, Granada: Comares.
- ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel (2012): «La configuración constitucional del derecho a la intimidad y el proceso penal», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 854.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor (1975): «Los principios procesales de oralidad y de publicidad general y su carácter técnico o político», *Revista de derecho Procesal iberoamericano*. 2-3.
- FAYOS GARDÓ, Antonio (2000): *Derecho a la intimidad y los medios de comunicación*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis (2015): *El Estatuto de la Víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho comparado y en las grandes reformas que se avecinan*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.
- GONZÁLEZ GARCÍA, José María (2015): «Una aproximación a la regulación del secreto y la publicidad de las actuaciones en el borrador de Código procesal penal de 2013: del secreto de la investigación a los juicios paralelos», en V. Moreno Catena (dir.), *Reflexiones sobre el nuevo Proceso penal (Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal)*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- HERRÁN ORTÍZ, Ana Isabel (1998): *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, Madrid: Dykinson.
- MARTÍN RÍOS, María Pilar (2011): «Repercusiones en las víctimas de la publicidad del Proceso Penal», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 26, 173-186.
- (2012): *Víctima y Justicia Penal*, Barcelona: Atelier.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, José (2016): «El derecho a la intimidad: De la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 409-430.
- MUERZA ESPARZA, Julio (2015): «Algunas cuestiones sobre la publicidad en la investigación penal», en V. Moreno Catena (dir.), *Reflexiones sobre el nuevo Proceso penal (Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal)*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ORENES RUIZ, Juan Carlos (2008): *Libertad de información y proceso penal. Los límites*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.
- OTERO GONZÁLEZ, María del Pilar (1999): *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, Madrid: Ceura.
- PLANCHADELL GARGALLO, Andrea (2015): «La víctima en el nuevo Código procesal penal desde la perspectiva de las exigencias europeas», en V. Moreno Catena, (dir.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia.
- (en prensa, previsto 2019): «La protección procesal penal de la víctima del delito en España: Particular referencia al Estatuto de la víctima del delito», en Vargas y Vargas, *Procedimiento especial abreviado y acusador privado en Colombia*, México: Tirant lo Blanch.
- PRATT WESTERLINDH, Carlos (2013): *Relaciones entre el Poder Judicial y los medios de comunicación. Los juicios paralelos*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María (1987): *Derecho a la intimidad, a la información y proceso penal*, Colex, Madrid.
- ROXIN, Claus (1995): «El proceso penal y los medios de comunicación», *Poder Judicial*, núm. 55, 73-94.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago (1997): *La Democracia Constitucional Española*, Madrid: Ceura.
- SERRA CRISTÓBAL, Rosa (2010): «Intimidad de la víctima en el proceso penal. Un ejemplo en la mujer víctima de trata Los derechos de la víctima en el proceso versus Medios de comunicación: Un ejemplo en la información sobre delitos de violencia contra la mujer», en J. Boix Reig y A. Jareño Leal (eds.), *Protección jurídica de la intimidad*, Madrid: Iustel.



— (2015): «Los derechos de la víctima en el proceso versus Medios de comunicación: Un ejemplo en la información sobre delitos de violencia contra la mujer», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 103, 199-230.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (2015): «La protección de las víctimas en el proceso penal tras la aprobación de la LEVD», en J. M. Tamarit Sumalla (ed.), *El Estatuto de las víctimas de delitos: comentarios a la Ley 4/2015*, Valencia; Tirant lo Blanch.



# INTRODUCCIÓN: LA RESPUESTA CONJUNTA DE LAS ASOCIACIONES DE JUECES Y FISCALES ANTE UN CASO PARADIGMÁTICO

María Luisa Cuerda Arnau

La sentencia 38/2018, de 20 de marzo, dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Navarra (*Tol 6581738*) en el caso conocido como La Manada generó reacciones hasta hoy desconocidas. Apenas transcurridas unas horas desde que la sentencia se hiciera pública, miles de personas se congregaron prácticamente en todas las capitales de provincia de España para expresar su profundo desacuerdo con la sentencia, que, como es lógico, pocos habían leído pero sobre la que todos tenían ya una opinión formada. El caso inundó los programas radiofónicos y los platós de las televisiones, donde periodistas, cantantes, artistas de otros géneros y concursantes de programas de variada índole manifestaron su enojo por lo que se calificaba como un flagrante error judicial, que otros tildaron, sin más, de prevaricación dolosa. Más duras aun fueron las reacciones de una parte considerable de la ciudadanía contra el voto particular absolutorio emitido por el magistrado discrepante. Un grupo de mujeres indignadas llegó a filtrar la dirección de su domicilio, en varios medios de prensa se refirieron a él sirviéndose de un juego de palabras —«el juez singular» del caso— y empezaron a escudriñarse y ventilarse asuntos de su vida privada y datos especialmente sensibles que afectaban a su intimidad. La gota que colmó el vaso la puso el entonces ministro de Justicia, Rafael Catalá, quien literalmente dijo: «Todos saben que el juez que emitió el voto particular en la sentencia de La Manada tiene un problema; el Consejo General del Poder Judicial debería haber actuado». Todo ello motivó que diferentes asociaciones de jueces y fiscales sacaran a la luz diversos comunicados individuales.

Tal fue el caso del que hiciera público la Asociación de Fiscales el 28 de abril de 2018, en el que dicha asociación manifestaba lo siguiente:

«Las resoluciones judiciales se dictan por jueces profesionales e independientes tras la valoración en conciencia de la prueba practicada ante ellos en juicio y la aplicación técnica de las leyes emanadas del Parlamento a los hechos considerados probados; esta aplicación de la ley lleva, en

ocasiones, a resultados que no son los esperados por el ciudadano, pero las resoluciones judiciales, aunque no se compartan, merecen todo el respeto, ya que constituyen un pilar fundamental del Estado de Derecho y de la democracia.

La ley prevé un sistema de recursos para hacer valer las discrepancias con las resoluciones judiciales, de modo que, tras el reflexivo estudio técnico jurídico de las mismas, si estas no se comparten, el Ministerio Fiscal podrá interponer recurso, que también merecerá todo el respeto, pues el Ministerio Fiscal, al igual que la Judicatura, está formado por fiscales profesionales e independientes no sometidos a otro imperio que el de la legalidad y cuya labor se basa en la defensa de los derechos de la sociedad, y, muy especialmente, de las víctimas, constituyendo igualmente un pilar del Estado de Derecho.

De la misma manera, las resoluciones de los tribunales que en su día decidan los recursos que se interpongan, estimen o no dichos recursos, deberán ser respetadas dentro del correcto funcionamiento de un Estado democrático.

Por ello, la Asociación de Fiscales comparte y hace suyo el comunicado emitido con ocasión de la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra por las tres asociaciones judiciales, Asociación Profesional de la Magistratura, Francisco de Vitoria y Foro Judicial Independiente, y lamenta la facilidad con que, en tantas ocasiones, se desprecia la labor de los jueces y fiscales, se realizan juicios paralelos, se tiene la tentación de legislar a golpe de noticia, se realizan manifestaciones carentes de rigor, se produce la intromisión en la labor jurisdiccional de representantes políticos e institucionales, y, especialmente en este caso, las manifestaciones realizadas por el Sr. ministro de Justicia, que tiene como responsabilidad fomentar la confianza en las instituciones».

El mismo día 28 de abril hacía lo propio la asociación de Jueces y Juezas para la Democracia y lo hacía en estos términos:

«La sentencia dictada y publicada a finales de esta semana por la Audiencia Provincial de Navarra relativa a delitos contra la libertad sexual de una mujer ha dado lugar a una serie de críticas de diverso tenor, que han incluido no solo descalificaciones insultantes hacia aquella, sino también descalificaciones de las personas que componen el tribunal. Procurando una reflexión sosegada sobre las cuestiones que el caso plantea para nuestra sociedad, desde Juezas y Jueces para la Democracia queremos trasladar las siguientes consideraciones:

– El Estado de Derecho se sustenta en la primacía de la Ley que emana del pueblo, y su posterior aplicación por los tribunales independientes y sometidos únicamente al imperio de la ley. El respeto a la ley y a la aplicación que de la misma llevan a cabo los tribunales en cada caso concreto es el fundamento de un Estado de Derecho y de una sociedad civilizada que resuelve sus conflictos conforme a las reglas que se ha dado.

– Lo anterior es perfectamente compatible, en el marco de una sociedad democrática, con la crítica válida y constructiva a las resoluciones judiciales, pero nada aportan las críticas que descalifican hasta el insulto.

– Sin olvidar nuestro compromiso con la defensa y protección de las víctimas de los delitos contra la libertad sexual, la sentencia que ha sido objeto de furibunda y exacerbada crítica se ha dictado tras un proceso regido por los principios constitucionales de publicidad, defensa y contradicción. Asimismo, se ha dictado tras un previo e intenso debate deliberativo de los miembros del tribunal, como lo demuestra su voto particular, y cumpliendo sobradamente con el principio constitucional de motivación. El tribunal ha tenido que enfrentarse a una calificación jurídica problemática, la distinción entre la intimidación y el abuso con prevalimiento de una situación de superioridad, y ha optado por una de ellas de manera fundada y razonada.

– Esa interpretación no es la única posible, y, a estos fines, la sentencia está sujeta al sistema de recursos previsto por nuestra legislación. La sentencia no agota el debate: continuará en tribunales superiores, para cuyos componentes pedimos respeto personal e institucional a su independencia.

- La crítica pública y razonada a las resoluciones judiciales es deseable en el marco de una sociedad libre y democrática, pero observamos con estupor declaraciones de responsables políticos carentes del más mínimo respeto institucional a nuestra legislación y a nuestros tribunales.
- Entendemos tanto el dolor de las víctimas de hechos tan execrables como los que se relatan en los hechos probados de la sentencia como también el reclamo de mayor severidad y contundencia en la lucha contra violencia machista. El debate legislativo sobre reformas del Código Penal debe de hacerse en sede parlamentaria bajo un sosegado debate público y transparente.
- En concreto, nos resultan inadmisibles las declaraciones del Sr. Rafael Catalá, único ministro de Justicia reprobado parlamentariamente en la historia de nuestra democracia, que se suman al descrédito y piden la revisión de un voto particular por el Consejo General del Poder Judicial, carente de competencias al efecto.
- Desde Juezas y Jueces para la Democracia tenemos que salir al paso de actuaciones o declaraciones desafortunadas alientan la deslegitimación del poder judicial, tanto más cuando provienen precisamente de responsables de los otros poderes, por lo que desde aquí pedimos la dimisión del ministro de Justicia, Rafael Catalá Polo».

El ministro, con cuya reprobación finalizaban ambos comunicados, no se aquietó en absoluto e incluso se alzaron voces contra lo que algunos entendieron como una reacción corporativa que pretendía blindar a los jueces frente a la crítica, metiendo, pues, en el mismo saco la crítica, fundada o no, de la ciudadanía a la actuación de unos jueces y la de un miembro del Gobierno, crítica, esta última, que constituye una intolerable intromisión del poder ejecutivo en las tareas del poder judicial. Por ello, todas las asociaciones respondieron de manera consensuada y unánime con un comunicado conjunto que, sin duda, representa un hito en el tema que nos convoca.

El comunicado, hecho público el 30 de abril de 2018, fue firmado por la Asociación Profesional de la Magistratura (APM), la Asociación de Jueces Francisco de Vitoria, la Asociación de Jueces y Juezas por la Democracia (JJPD), la asociación de jueces Foro Judicial Independiente, la Asociación de Fiscales, la Unión Progresista de Fiscales y la Asociación Profesional Independiente de Fiscales. Reza así:

«El ministro de Justicia, en unas nuevas declaraciones con motivo de la denominada sentencia de La Manada, ha insinuado públicamente que debería haberse actuado preventivamente contra el magistrado que dictó el voto particular, verbalizando que el magistrado “tiene un problema” y que “todos los saben”, sembrando públicamente dudas sobre la capacidad y condición de dicho magistrado.

La intromisión del ejecutivo en las labores que le corresponden exclusivamente al Consejo General del Poder Judicial (tales como la tutela o el impulso de la labor disciplinaria) y los comentarios acerca de la capacitación o no de un magistrado son una temeridad por quien ejerce como ministro de Justicia.

Hoy es por el juicio de La Manada pero mañana puede serlo por cualquier actuación que no sea del agrado del ministro o de su Gobierno. Este es el verdadero peligro: la utilización de la resoluciones judiciales por el Ejecutivo y la confusión intencionada de intereses electorales con lo que debería ser su labor como miembro de un poder del Estado, esto es, respetar y velar por el respeto del funcionamiento de las instituciones.

Por eso, exigimos una vez más la dimisión del ministro de Justicia, cuya reprobación ya fue demandada por otro de los poderes del Estado, como es el legislativo».

Así las cosas, nos pareció que resultaba imprescindible que este número de *Teoría & Derecho* cediera un espacio de debate a todas las asociaciones de jueces y fiscales para que aquellas que lo desearan pudieran hacer oír su voz frente al tumulto irreflexivo que ha rodeado el caso que motivó el comunicado conjunto. A todas ellas les agradecemos muy sinceramente que hayan aceptado el ofrecimiento y que contribuyan con sus aportaciones a que se entienda que no es posible hablar de justicia al margen de los derechos fundamentales.







# EL VÍNCULO ENTRE LA JUSTICIA Y LA CIUDADANÍA

Montserrat Raga Marimón

Magistrada del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Barcelona  
Miembro de la Comisión Ejecutiva de Ágora Judicial

Desaprobar la reacción de gran parte de la sociedad ante la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pamplona en el caso conocido como La Manada es no entender nada, y si dicho reproche proviene de los encargados de aplicar e interpretar las leyes, es preocupante. Abre una brecha entre la sociedad y los jueces que no debería producirse.

El vínculo existente entre la sociedad y la justicia se describe en los artículos 1 y 7 LOPJ al establecer que la justicia emana del pueblo y que los jueces y magistrados están vinculados por los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la CE. Acatamiento de los derechos fundamentales implica respeto, cuando se ejerce la función que la norma suprema nos encomienda, a los derechos fundamentales titularidad de la ciudadanía, entre los que se halla la libertad de expresión.

La sentencia del Tribunal Constitucional 65/2015 nos dice: «Las actuaciones y resoluciones judiciales pueden ser objeto de pública crítica por los ciudadanos y la libertad para hacerlo tienen sin duda alguna la firme garantía de lo dispuesto en el art. 20.1. a) CE». A raíz de la sentencia del caso La Manada fueron muchas las voces de diferentes sectores de la sociedad que manifestaron su disconformidad con la misma. El Consejo General del Poder Judicial emitió un manifiesto en el que reconocía el derecho de los ciudadanos a la reprobación de las resoluciones judiciales, pero no cuando esas descalificaciones provengan de responsables públicos, ya que comprometen, según decía, la confianza que nuestro sistema de justicia merece de los ciudadanos, para finalizar añadiendo que «los jueces y magistrados son el más importante baluarte para la protección y defensa de todas las víctimas».

Discrepo de la última frase, pues la mayor protección que tienen las víctimas de los delitos contra la integridad sexual, como era el que nos ocupaba, no es la persona/juez, sino el ordenamiento jurídico. Dicho ordenamiento está formado por las leyes aprobadas por el poder legislativo, donde reside la soberanía del pueblo. Es la sociedad misma la que dota a los jueces de los instrumentos necesarios para proteger a los ciudadanos cuando acuden a los juzgados solicitando justicia. Los jueces somos las herramientas para lograr la garantía y protección de los derechos que los ciudadanos tienen reconocidos legalmente, no somos el instrumento mismo.

De los tres poderes del Estado es en el legislativo donde reside la base de la democracia. Todas las definiciones existentes de democracia inciden en atribuir la titularidad del poder al pueblo, que lo ejercerá a través de sus representantes políticos. Llegados a este punto, los jueces debemos una sumisión a la sociedad sobre la que operamos, le debemos respeto y consideración, pues los artículos 418 y 419 de la Ley Orgánica del Poder Judicial tipifican el trato desconsiderado con los ciudadanos y también le debemos conocimiento y sabiduría, pues se sanciona, incluso penalmente, la ignorancia inexcusable de la ley. Cabe preguntarse hasta dónde debe alcanzar ese conocimiento ¿Podemos exigir a los jueces competencias culturales y sociológicas que les ayuden a entender el porqué de ciertas conductas y formas de proceder, y sobre las cuales se sentencia?

Es aquí donde, quizás, cobran sentido ciertas demandas que surgieron al dictado de la sentencia de La Manada. La sociedad se preguntaba: ¿Tienen los jueces suficientes conocimientos psicológicos y sociológicos para decidir sobre algunos conflictos? ¿Sabe un juez cuál es la reacción que debe esperarse de una chica joven ante la presencia de 5 chicos de mayor edad hallándose encerrada en un habitáculo sin opción de salida? Incógnitas que serían extensibles a las víctimas de otros muchos delitos. Y extrapolándolo a otros casos, las dudas van en aumento; ¿deberían los jueces competentes en materia de extranjería conocer previamente toda la problemática de los procesos migratorios? Y ello es aplicable también a otros muchos conflictos que aparecen en determinados colectivos, cuya idiosincrasia el juez puede desconocer.

La formación que recibimos los jueces durante la oposición no abarca estas materias, pues es totalmente jurídica. En la Escuela Judicial se adquiere cierto aprendizaje en el ámbito de la psiquiatría forense y durante el ejercicio de la profesión, de forma voluntaria, a través de los cursos ofertados por el CGPJ. Y finalmente, en el mismo proceso penal, civil, contencioso o laboral a través de los informes periciales.

Así, cuando hablamos de estas competencias «metajurídicas» podríamos diferenciar entre las que, por sí mismas, constituyen una ciencia de conocimiento, como podría ser la psicología y las que no. En materia de familia, pensemos en la valiosa colaboración que se presta al juez por parte de los servicios de atención a la familia. Son equipos formados por psicólogos y trabajadores sociales que entrevistan a los miembros del núcleo familiar con la finalidad de emitir un informe psicosocial que aporta al juez preciados datos que le guiaran, indiscutiblemente, en la decisión. Dicho servicio también abarca el campo penal.

Junto a ellas, como decía, existen las experiencias, ideologías, emociones y otras manifestaciones sentidas y vividas por cada ser humano, que vertebran una forma de ver y entender la realidad. Y los jueces también las tienen. Hablamos de los prejuicios y formas de concebir determinados ámbitos de la vida que van a incidir, sin ningún género de dudas, en la sentencia. Estos no se aprenden, se tienen, se van adquiriendo de forma inconsciente a lo largo de los años. Y en la labor de juzgar es responsabilidad de los jueces hacer que estos no interfieran de tal forma que desaparezca la imparcialidad.

Dicho lo anterior, lo enlazo con el principio en el sentido que la sociedad puede y debe mostrar su enojo ante una decisión judicial que no entiende desde el punto de vista que prefiera o que conozca: jurídico o social. Los penalistas discutirán si la sentencia es ajustada

o no a Derecho, y los legos en Derecho si la sentencia les enoja, les ofende o les agrada porque coincide o no con su forma de ver la realidad. Los jueces debemos aceptar dichas críticas y, voy más allá, intentar entenderlas y estar atentos a los mensajes que nos manda la ciudadanía, ya que sobre ella vamos a incidir con nuestras sentencias, e incluso por mandato del artículo 3.1 del Código Civil al establecer que las normas deben ser interpretadas teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, ciertamente con los límites propios del Derecho penal.

No percibo otra manera de ir cerrando la grieta existente entre la ciudadanía y la justicia que no sea en ese intercambio de pareceres, quejas, inquietudes, que debe producirse en diferentes espacios aptos para la discusión y el examen de las cuestiones jurídicas y no jurídicas. Y ello con el fin de que la ciudadanía conozca mejor a la justicia y que la justicia conozca mejor a la ciudadanía.



# EL OTRO JUICIO

Miguel Rodríguez Marcos

Miembro de la Comisión Ejecutiva de la Asociación de Fiscales

Cuando del encaje de distintos derechos fundamentales se trata, resulta a veces realmente complicado el engranaje de los mismos, y debe recurrirse al sistema de *frenos y contrapesos*, como dirían los constitucionalistas, si quiere conseguirse un resultado exitoso. Dicho en términos más coloquiales: hay que «hilar muy fino» si quiere hallarse la solución.

Ello ocurre, por ejemplo, cuando colisionan el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión: pensemos, por ejemplo, en el típico supuesto de un periodista que alega el derecho a la libertad de expresión para hablar de la vida privada de un famoso, mientras que este aduce que la difusión de esa información no fue consentida y que vulnera su honor, menoscabando su intimidad personal y familiar. Pensemos también en el supuesto del conflicto entre el derecho a la vida y el derecho a mantener las propias convicciones religiosas: así, el caso de unos padres que, alegando determinadas convicciones religiosas, deciden que no se facilite tratamiento médico a un hijo en situación terminal, supuesto en el que juez debe decidir si ordena o no a los médicos que alimenten forzosamente al menor para proteger su derecho a la vida. Pues bien, una situación similar de conflicto entre derechos fundamentales es aquella que enfrenta el derecho a un juicio justo y con todas las garantías y el derecho a la libertad de expresión y a la libertad de prensa, supuesto que aquí analizaré.

Por lo que respecta al segundo de los derechos —el último del listado que recoge el inciso 2 del artículo 24 de la CE—, es decir, el derecho a la presunción de inocencia, debemos, en primer lugar, destacar que el mismo supone que toda persona investigada por un delito es inocente hasta que no se demuestra lo contrario. Ello supone que es preceptivo que la prueba que se ventile en el juicio oral esté dirigida a desvirtuar la presunción de inocencia, sin que pueda exigirse a ningún acusado que pruebe que no es culpable. Para ello, han de respetarse determinados parámetros: que la prueba sea válida y haya sido practicada en el plenario o juicio oral; no son válidos por sí mismos determinados elementos de prueba como el atestado policial o declaraciones testificales ante el juez de instrucción si no son después reproducidos en el juicio oral con respeto a los principios de contradicción e inmediación, a salvo de excepciones como la prueba preconstituida. Es imprescindible, *in fine*, que la presunción de inocencia sea enervada mediante el análisis que de la prueba practicada realice el juez según su conciencia en sentencia.

Estos derechos del investigado, en particular el derecho a la presunción de inocencia y el secreto de sumario, pueden entrar en conflicto —así viene sucediendo en los últimos tiempos en España en procedimientos de gran trascendencia social como el conocido como caso de La Manada o el de Juana Rivas— con otra serie de derechos como el de libertad de prensa o de expresión, colisión que, por falta de las garantías necesarias, así como de la

aplicación debida de las garantías ya existentes, está generando *per se* una merma continuada de los primeros derechos mencionados, esto es, el derecho a la presunción de inocencia —pilar fundamental de los derechos de todo detenido— y, por ende, el derecho a un secreto de sumario —que asegura un procedimiento con todas las garantías en el caso de que exista, como se dijo, una situación que pueda comprometer gravemente el resultado de la investigación—.

Es cierto que los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de prensa tienen también su reconocimiento constitucional y legal. Así, ambos encuentran amparo bajo el paraguas del artículo 20 de la Constitución, cuyo inciso 1, letra a) establece que todos tienen derecho «[A] expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción». Por su parte, la letra d) del mismo inciso 1 del referido artículo preceptúa que todos tienen derecho «[A] comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La Ley regulará el ejercicio de la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades».

Es, pues, la propia Constitución la que reconoce a los medios de comunicación públicos y privados el derecho a emitir una información veraz, sin que quepa ningún tipo de censura previa. Ahora bien, tal y como he apuntado, lo cierto es que en España se ha llegado a un punto en que la necesidad de informar de los procedimientos *sub judice* con independencia del estado del procedimiento, del carácter secreto o no del mismo, de la situación de las partes implicadas, del tipo de delito cometido, de los sentimientos de las víctimas en juego... ha provocado un ataque frontal a los derechos elementales del investigado y, lo que es más grave: debido a su reiteración, la mayor parte de la sociedad ha asumido este quebrantamiento como un fenómeno normal.

Aunque es cierto que no cabe ningún tipo de censura previa, el propio artículo 24 CE dispone lo siguiente en su inciso 3: «La ley regulará la organización y el control de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier Ente público», y en su inciso 4 establece: «Estas libertad tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». En consecuencia, y como sucede con todos los derechos reconocidos en la Constitución, incluso los derechos fundamentales de la Sección 1ª del Capítulo 2ª del Título I de la misma (artículos 15 a 29, más el artículo 14, que reconoce la igualdad), derechos que tienen una protección reforzada en nuestra Carta Magna, tanto el derecho de libertad de prensa como el de libertad de expresión tienen sus límites. Así y respecto de ambos derechos se fija expresamente como límite —coas que no ocurre con todos los derechos que reconoce la CE— *el respeto al resto de derechos reconocidos en el Título I*. Debemos recordar que el derecho a la presunción de inocencia se encuentra dicho Título, y que, en el caso de la libertad de prensa dependiente de medios públicos, ley establece la organización y control de los mismos.

Conviene insistir en que ni la libertad de prensa ni la libertad de expresión son ilimitadas, ello a pesar del uso inadecuado de ambos derechos en los últimos tiempos, que vulnera

sistemáticamente los derechos más elementales de todo investigado. Pensemos en dos de los casos posiblemente más mediáticos de los últimos tiempos en España: el caso de La Manada y el caso de Juana Rivas. Destaco estos dos procedimientos porque, desde perspectivas meridianamente opuestas, ambos son exponentes de lo que digo. Así, en el caso de La Manada cabe hablar de una merma continuada de los derechos de los investigados porque a través de los medios de comunicación social de la más variada índole se consiguió asentar en la opinión pública la idea generalizada de que todos los acusados debían ser declarados culpables de agresión sexual, a pesar de que resultaron finalmente fueron condenados solo por abuso sexual. Por el contrario, en el caso de Juana Rivas se abrió juicio oral (concretamente en el Juzgado de lo Penal número 1 de Granada) y se condenó a la acusada por un delito de sustracción de menores a la pena de 5 años de prisión y 6 de privación de la patria potestad y, en sentido exactamente inverso al caso de La Manada, los medios de comunicación social dirigieron a la opinión pública para que interiorizara la firme convicción de que debía ser absuelta y, por tanto, para que no se entendiera ni se quisiera entender la sentencia dictada.

En este sentido, resulta evidente que para que la ciudadanía pueda ejercer el derecho a la libertad de expresión y, particularmente, para que los medios puedan ejercer el derecho a la libertad de prensa, es preciso que previamente sea posible acceder a la información. Lo que sucede es que, como he intentado demostrar, no todo acceso a la información vale.

Como se apuntó, en cualquier procedimiento penal en España no se puede tener acceso al sumario si no se es parte, menos aún cuando en el procedimiento se ha acordado el secreto de sumario, lo que implica que ni siquiera las partes implicadas pueden tener conocimiento de lo que se está investigando. En estas condiciones, resulta cuando menos paradójico que sí tenga acceso al sumario un medio de comunicación y no, por ejemplo, la propia víctima o el investigado. De este modo, cuando se vulnera dicho derecho mediante el acceso a la información de las diligencias de investigación, se está vulnerando la ley. Además, como el secreto se acuerda solo por alguno de los dos motivos taxativamente regulados en la ley, si se accede al mismo se quebrantan esos motivos, lo que puede suponer que se «comprometa gravemente la investigación».

Los medios de comunicación social, públicos y privados, de prensa escrita, radiofónicos o audiovisuales tienen sus propios intereses, su propia ideología o idiosincrasia y sus propios perfiles, estilos y objetivos editoriales. Esto supone que, como ha sucedido muchas veces, dependiendo de qué periódico se lea o de qué emisora de radio se escuche, la información sobre una misma noticia sea totalmente distinta.

De este peligro no se libran las noticias de tribunales, que también son objeto de desseo de determinados medios de comunicación: en función del caso concreto, del medio de comunicación de que se trate, de sus intereses, de la coyuntura política o económica del momento... moldearán la noticia a su gusto, o a su propio estilo y semejanza si se prefiere. Esa noticia tergiversada, modulada y precipitada es la que finalmente llegará al televidente, al lector del periódico o al radioyente; poco a poco irá calando en él y en todos los consumidores de ese medio de comunicación una opinión o crítica dirigida que, en la mayor parte de los casos, crea una opinión crítica equivocada; en primer lugar porque no

se facilitan todos los elementos informativos necesarios para llegar a comprender la noticia y, en segundo lugar, porque la información no solo está troceada sino también dirigida en la mayor parte de los casos. Vayamos a los ejemplos.

En el caso de La Manada, desde el mismo momento en que saltó la noticia a los medios de comunicación social, estos centraron sus titulares en la idea de que las cinco personas integrantes del grupo eran y tenían que ser autoras de un delito de agresión sexual con penetración, esto es, de un delito de violación. Ello sin que se hubiera celebrado aún juicio alguno. Ello sin que probablemente quien escribía sobre dichos delitos tuviera la más mínima idea de la diferencia entre una agresión sexual y un abuso sexual. Y esa fue la idea que se transmitió a toda la población; mujeres y hombres, niños y niñas... contaminando, aun sin quererlo, el trabajo del juez instructor y del fiscal —operadores en los que, aun queriendo mantenerse ajenos a todo ello, el aluvión informativo cala irremediablemente a la manera en que una gota va formando una estalactita, ya que ambos, juez y fiscal ven la televisión, leen, escuchan la radio o navegan en internet—. Lo mismo cabe decir del juicio oral celebrado en la Audiencia Provincial de Navarra; las noticias de prensa fueron incesantes, de manera que no se respetó el secreto de las actuaciones, la identidad de las partes ni las celebraciones del juicio oral... se difundieron de forma ininterrumpida noticias dirigidas a afianzar la idea de que, sí o sí, la conducta llevada a cabo por esos señores tenía que ser constitutiva de una violación.

Lo cierto es que el tribunal, que es a quien únicamente compete la valoración de la prueba practicada en el juicio, entendió que los hechos eran constitutivos de un delito de abuso sexual y no de un delito de agresión sexual, al entender que no existió violencia ni intimidación; más aún: uno de los magistrados integrantes del tribunal emitió un voto particular para defender que no existía delito y que, por tanto, los acusados, deberían haber sido absueltos.

En ese momento, mareas humanas inundaron las calles y plazas de España al grito de «hermana yo sí te creo» o «aquí está tu manada» como si la inmensa mayoría de esas personas, en su mayoría legas en Derecho (por una mera cuestión estadística), hubieran estado en el juicio o en alguna de sus sesiones, hubieran visualizado el vídeo aportado o hubieran escuchado a los acusados, o como si la mayoría de esas personas hubieran estudiado Derecho o, al menos, conocieran la diferencia entre agresión y abuso sexual, que era, precisamente, lo que gritaban megáfono en mano.

Y aunque pudiera parecer lo contrario, este posicionamiento de la sociedad presiona a los jueces y a los fiscales, que se limitan y nos limitamos a hacer nuestro trabajo, que es nada más y nada menos que interpretar y aplicar la ley a veces coincidiendo con los deseos o expectativas de grupos de población y otros no. En cualquier caso, y dado que la potestad jurisdiccional para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado radica en exclusiva en jueces y tribunales independientes, esas decisiones deben ser respetadas. Lo contrario supone una injerencia inadmisibles en el ejercicio de la actividad jurisdiccional. Baste recordar, por ejemplo, que los magistrados tuvieron que ser provistos de escoltas personales, o las inapropiadas declaraciones del entonces ministro de Justicia en relación con la capacidad profesional del magistrado que emitió el voto particular. Todo esto sin dejar de resaltar



consecuencias más profundas que se han venido produciendo a largo tiempo, como la decisión de tener que formar «en perspectiva de género» a los jueces y fiscales no especialistas en esta materia, dando a entender primero que los que no somos especialistas en violencia de género no tenemos formación en la misma y, segundo, que de haber tenido dicha formación la sentencia habría sido otra, apreciaciones ambas absolutamente equivocadas y poco acertadas.

Recordemos ahora en el caso de Juana Rivas. Personalmente, no me supone mucho esfuerzo porque me viene inmediatamente a la memoria un viernes por la mañana en el que, en mi despacho sito en la sexta planta de un edificio judicial, que nada tiene que ver con el partido judicial donde se juzgó a esta persona, escuchaba a través de la ventana cerrada gritos del tipo «todos somos Juana», «Juana no estás sola» o «aquí tenéis a Juana» mientras intentaba infructuosamente desarrollar mi trabajo. Pues bien, en el caso de Juana Rivas sucedió justamente lo contrario: determinados medios de comunicación dirigieron a la opinión pública para que considerara que Rivas no había cometido delito alguno cuando sin permiso del otro progenitor se llevó a sus hijos. Lo cierto es que, nuevamente, tras la prueba practicada, el juez decidió que sí había sido cometido un delito de sustracción de menores, e impuso la correspondiente pena a la acusada. En ese momento, nuevamente, cierto es que no con la intensidad del caso de La Manada, se organizaron de forma espontánea en diferentes poblaciones españolas manifestaciones en defensa de Juana Rivas. Esta presión social influye, irremediamente, en los operadores jurídicos que, obviamente no somos ciegos ni sordos, tenemos en nuestras casas televisores o internet, o tomamos cañas con amigos o departimos con familiares en las sobremesas.

Con esto quiero poner de manifiesto que, por supuesto, todos los medios de comunicación social tienen derecho a informar libremente de lo que suceda, incluidas las noticias de tribunales, pero que deben hacerlo con respeto a los procedimientos en curso y especialmente a los declarados secretos, para salvaguardar los derechos de las personas cuya inocencia se investiga y juzga en los mismos y para no causar quebrantos irremediables en los mismos.

Lo mismo cabe decir respecto al ejercicio de los derechos a la libertad de expresión, de reunión o de manifestación de todas las personas en el marco del respeto a la ley. Evidentemente, son derechos reconocidos constitucionalmente, pero, como el propio artículo de la Constitución que los reconoce nos recuerda, tienen su límite en el resto de reconocidos en el Título I de la Constitución y, entre los que también está el derecho a la presunción de inocencia. Por tanto, esas manifestaciones en modo alguno pueden suponer un juicio paralelo al de los jueces y tribunales profesionales, dado que en ese caso se constituyen en fiscales y en tribunal aquellas personas que no son ni lo uno ni lo otro, convirtiendo en salas de vistas las plazas públicas y decidiendo que es culpable o inocente aquel que todavía no tuvo ni un juicio justo.

Tratemos de evitar estos juicios paralelos, tratemos de evitar «el otro juicio» en las calles azulado por los medios de comunicación social, simplemente respetando los límites que la propia Constitución y la ley establecen; el respeto al resto de derechos. Si estos límites no fueran suficientes, a lo mejor convendría más a sus señorías —no a las que vestimos togas

y puñetas precisamente, sino a las que ocupan escaños públicos— meditar y debatir sobre la conveniencia de articular nuevos mecanismos de control antes incluso que aleccionar en violencia de género a los jueces y fiscales o pretender convertir, bajo el eco del «no es no», todo contacto físico sin una negativa expresa de la víctima en una agresión sexual.

No puedo dejar de cerrar este artículo sino recordando el contenido de una viñeta cuyo autor no recuerdo —y que, por tanto, no puedo traer a colación (lo que haría muy gustosamente y espero que por ello no tilden mi artículo de plagio)—, una viñeta que me enviaron como imagen de un mensaje de WhatsApp y que decía algo así: «Frente a las sentencias de los jueces cabe recurso pero, frente a las sentencias de la gente, ¿qué recurso cabe?».





# LÍMITES A LA LIBERTAD DE PRENSA, INFORMACIÓN Y OPINIÓN SOBRE LA ACTIVIDAD JUDICIAL

Ignacio González Vega

Portavoz de Juezas y Jueces para la Democracia

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La Información sobre la actividad judicial. 3. Las filtraciones de los sumarios. 4. La presencia de los medios en las salas de vistas. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

Los medios de comunicación juegan un papel fundamental a la hora de informar sobre la actividad judicial, siendo frecuente la «crónica de los tribunales» en las portadas de los principales rotativos nacionales, y constituyen, en la terminología del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el «perro guardián de la democracia» (sentencias de 25 de junio de 1992, caso *Thorgeir Thorgeison vs. Islandia*, y de 29 de marzo de 2001, caso *Thoma vs. Luxemburgo*, entre otras). La sentencia del Tribunal Constitucional 30/1982, de 1 de junio, por su parte, atribuye a los medios de comunicación el papel de *intermediarios naturales* entre la noticia y cuantos no están en condiciones de conocerla directamente, una vez que aquéllos «casi han monopolizado el discurso político-criminal» (Díez Ripollés, 2015: 69).

Incluso, la información judicial marca la agenda de la actualidad. Su poder es formidable, en ocasiones pueden perjudicar la vida privada, la reputación o la presunción de inocencia. La búsqueda de sensacionalismo y la competencia comercial existente en los medios de comunicación plantean el riesgo de abusos y de errores. En el proceso penal, de innegable interés para los medios de comunicación (STC 178/1993, de 31 de mayo), en fase de investigación y antes de cualquier juicio, estos presentan a menudo a los acusados como los culpables de delitos, antes de que la jurisdicción competente se pronuncie sobre su culpabilidad. Aunque la responsabilidad de dicha persona sea posteriormente descartada por el tribunal de enjuiciamiento, la publicidad a través de los medios de comunicación le habrá causado un perjuicio irremediable que la sentencia no podrá borrar. A este respecto, conviene recordar que «los juicios no son como las elecciones, que pueden ganarse usando los mítines, la radio y los periódicos [...] nadie puede ser castigado por un crimen sin una

acusación rectamente hecha y un proceso limpiamente desarrollado en un tribunal libre de prejuicio, pasión, excitación o poder tiránico» (Sentencia caso *Sheppard vs. E L Maxwell* (1966) del Tribunal Supremo de los EE. UU.).

Es más, en uno de los graves problemas que aqueja actualmente a la sociedad española, la corrupción, la lenta tramitación de los procedimientos penales es una de las circunstancias que incrementa la percepción de su impunidad. «La dilatación de los procesos de instrucción y enjuiciamiento favorece la presencia en los medios, de manera reiterada, de los episodios de corrupción y de sus protagonistas sobre los que los medios de comunicación, en ocasiones, llegan a montar investigaciones paralelas con los consiguientes juicios igualmente paralelos» (Zarzalejos Nieto, 2015: 35).

En los últimos años se ha producido un nuevo fenómeno, la aparición de las redes sociales que «generan nuevos retos para la libre formación de la opinión pública» (Ramírez Ortiz, 2018: 13). Y como declara el Protocolo de Comunicación de la Justicia de 2015 a propósito de los cambios tecnológicos experimentados en los últimos años: «La información sigue siendo la misma, pero en estos años se han desarrollado nuevas formas de comunicar más rápidas, los medios tradicionales conviven con los digitales y la imagen es en muchos casos el centro de la información. Además, la implantación generalizada de internet y las redes sociales permiten establecer cauces de comunicación directa con la sociedad, posibilidad a la que el poder judicial tampoco debe permanecer ajeno». Incluso los propios miembros de la carrera judicial son usuarios de las redes, en algunos casos con perfiles anónimos, y participan activamente en esos espacios públicos de debate.

Por ello, ante este complejo panorama, resulta imprescindible que los órganos judiciales cumplan con el deber, en virtud de la jurisprudencia consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de garantizar un equilibrio entre los valores constitucionales en presencia: la protección de la dignidad humana, la intimidad, el honor (art. 18.1 CE) y la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), por un lado, y la libertad de información (art. 20.1.d) CE) y el principio de publicidad de las actuaciones judiciales (arts. 24.2 y 120.1 y 3 CE), por otro.

Al mismo tiempo, resulta oportuno, tal y como recuerda el Informe nº 7 del Consejo Consultivo de los Jueces Europeos (CCJE) sobre el tema «Justicia y Sociedad» (2005), que «cada profesión (jueces y periodistas) defina unas guías de buenas prácticas para la organización de sus relaciones con los representantes de la otra profesión y la información sobre los asuntos judiciales». Según el citado informe. «se trataría, sobre todo, tal y como lo demuestra la experiencia de los Estados que ya conocen un sistema similar, para el poder judicial, de definir las condiciones en las que la información puede ser facilitada a los medios de comunicación sobre los asuntos judiciales, para los periodistas de proporcionar indicaciones sobre la manera de abordar los procesos en curso, de comunicar los nombres (o imágenes) de las personas investigadas o de recurrir al anonimato (partes, víctimas, testigos, fiscal, juez de instrucción, juez que resuelve sobre el fondo, etc.), así como de comunicar las sentencias de los juicios que han tenido gran repercusión mediática» (parágrafo 39).

## 2. LA INFORMACIÓN SOBRE LA ACTIVIDAD JUDICIAL

En una sociedad democrática, la publicidad permite que la actividad judicial pueda ser conocida por los ciudadanos y, en consecuencia, someterse al control y crítica de los mismos. La historia del proceso penal es la de la lucha contra el secreto y a favor de la publicidad. «¿Quién puede defenderse de la calumnia cuando está armada del secreto, escudo el más fuerte de la tiranía?» (Beccaria, 1982: 51).

«El derecho a un proceso público está constitucionalmente consagrado como fundamental. Pero también se ve obligado a convivir con el secreto de la investigación, que, aunque, en principio, de carácter excepcional y solo justificado por rigurosas necesidades de esta, con facilidad resulta ser objeto de un uso generoso, no siempre lo bastante justificado» (Andrés Ibáñez, 2015: 520).

Cuando hablamos de publicidad nos estamos refiriendo a la publicidad en sentido propio, como publicidad externa, que supone el conocimiento de las actuaciones judiciales por cualquier persona ajena al proceso, por terceros que no son parte en el mismo, en definitiva, por cualquier ciudadano. Frente a la publicidad interna limitada a las partes del proceso, aquella se limita legalmente al juicio oral y la sentencia sin perjuicio de que los intervinientes puedan informar al público en general de lo actuado en fases previas.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 96/1987, de 10 de junio, resalta la doble finalidad del principio de publicidad, que consiste «[...] por un lado, [en] proteger a las partes de una justicia sustraída al control público, y por otro, [en] mantener la confianza de la comunidad en los tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho». Esta sentencia no hace sino asumir la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia (*vid.* sentencias de 8 diciembre 1983 caso *Preto vs. Italia* y de 26 de junio de 1984, caso *Campell y Fell vs. el Reino Unido*, entre otras). La publicidad del proceso se configura como derecho fundamental y ello lleva a afirmar su posición preferente en el ordenamiento y correlativamente a interpretar restrictivamente las excepciones al principio general (*pro libertate*), como declara la Sentencia del Tribunal Supremo 168/1995, de 14 de febrero. Las eventuales restricciones habrán de fundamentarse en la protección de otro derecho constitucionalmente relevante, conforme al principio de proporcionalidad. Por eso, «la publicidad, referida a la jurisdicción, tiene un primer y nuclear sentido de garantía del imputado (investigado, en la actual terminología legal), que debe presidir su tratamiento normativo y su proyección práctica. Se erige, en efecto, en una garantía individual para el justiciable ya que la posibilidad de fiscalización pública de la actuación de los órganos judiciales le preserva frente a eventuales actuaciones arbitrarias, injustas o irrazonables» (Andrés Ibáñez, 2015: 519).

La Recomendación (2003) 13 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre informaciones en medios de comunicación sobre procedimientos penales, aprobada el 10 de julio de 2003, declara en su principio primero que el público debe poder recibir información sobre las actividades de las autoridades judiciales y de los servicios policiales a través de los medios de comunicación. Por tanto, los periodistas deben poder libremente informar y comentar el funcionamiento del sistema de justicia penal sometidos

solamente a las limitaciones que se mencionan en la propia Recomendación. Esto es, la información facilitada a los medios de comunicación ha de preservar los derechos en juego y el éxito de las investigaciones, partiendo de los principios de publicidad y transparencia. Es más, la Directiva (UE) 2016/343, de 9 de marzo, por la que se refuerzan el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, establece: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, mientras no se haya probado la culpabilidad de un sospechoso o acusado con arreglo a la ley, las declaraciones públicas efectuadas por las autoridades públicas y las resoluciones judiciales que no sean de condena no se refieran a esa persona como culpable» (artículo 4.1).

En otro orden de cosas, debemos recordar que «los jueces se expresan, antes que nada, por la motivación de sus decisiones, y no deben explicarlas ellos mismos en la prensa o, en general, manifestarse públicamente en los medios de comunicación sobre las procesos que tienen a su cargo», tal y como señala el Informe nº 7 (2005) del Consejo Consultivo de los Jueces Europeos (CCJE) sobre el tema «Justicia y Sociedad». En los Principios de Ética Judicial, aprobados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en sesión celebrada el 16 de diciembre de 2016, se prescribe que «[...] en su relación con los medios de comunicación el juez y la jueza pueden aportar sus reflexiones y opiniones, pero a la vez deben ser prudentes para que su apariencia de imparcialidad no quede afectada con sus declaraciones públicas, y deberán mostrar, en todo caso, reserva respecto de los datos que puedan perjudicar a las partes o al desarrollo del proceso» (principio 19). La cuestión se ha suscitado en relación con la demanda de responsabilidad civil presentada ante un tribunal belga contra el magistrado del Tribunal Supremo, Sr. Llarena Conde. La citada demanda contiene un largo *excursus* sobre el relato independentista a la respuesta judicial al «procés». Ahora bien, los hechos definitorios de la pretensión consisten en las declaraciones del juez instructor a los medios con ocasión de su intervención en una conferencia organizada por una entidad privada en Oviedo. La pregunta es si tales declaraciones entran dentro de los actos privados, sin que por ello el Estado deba asumir la defensa del juez, o bien bajo su condición de autoridad, corriendo su defensa a cargo del Estado, tal y como establece el Real Decreto-ley 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado (artículo 46, *in fine*). Lo que es seguro es que no resulta oportuno ni prudente efectuar declaraciones sobre el mediático asunto que estaba instruyendo el referido magistrado.

Sobre la comunicación de las sentencias de juicios que han tenido gran repercusión mediática, «la imagen del presidente del tribunal (de La Manada) leyendo en audiencia pública la sentencia desde estrados, solo, togado, utilizando el lenguaje técnico y no accesible al ciudadano lego, de la sentencia, solo sirvió para acentuar la distancia con los cientos de ciudadanos y ciudadanas que se manifestaban espontáneamente en los alrededores del Palacio de Justicia, verbalizando su descrédito hacia el sistema» (Ramírez Ortiz, 2018: 24). Añadir a ello, a tertulianos y opinadores de los medios de comunicación que estaban dando su veredicto sin apenas tiempo para una lectura sosegada de la famosa resolución. Visto lo cual, resultan imprescindibles otras formas de comunicar las sentencias y demás resoluciones judiciales a las partes y a las sociedad que las hagan fácilmente comprensibles.



Descartada pues la intervención de los propios jueces, una opción es la prevista para el Ministerio Fiscal en el artículo 4 de su Estatuto Orgánico, en la redacción dada por Ley 14/2003, de 26 de mayo, de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, quien: «Para el ejercicio de sus funciones, podrá: [...] Cinco. Informar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan, siempre en el ámbito de su competencia y con respeto al secreto del sumario y, en general, a los deberes de reserva y sigilo inherentes al cargo y a los derechos de los afectados». Estos límites se reiteran en el artículo 50 del citado Estatuto cuando impone a los miembros del Ministerio Fiscal el deber de guardar el debido secreto de los asuntos reservados de que conozcan por razón de su cargo, así como en su artículo 62.12, cuando tipifica como falta muy grave la revelación por el fiscal de hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de esta, cuando se cause algún perjuicio a la tramitación de un proceso o a cualquier persona y en su artículo 63.6 que tipifica como falta grave revelar hechos o datos conocidos por el fiscal en el ejercicio de su función o con ocasión de esta, cuando no constituya la falta muy grave del artículo 62.12.

Siendo desarrollada esta disposición por la Instrucción 3/2005 sobre la relación del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación, cuya introducción señala textualmente: «Si el fiscal no informa, otros lo harán en su lugar. Los medios de comunicación acudirán inexorablemente a las partes, que carecen de un estatuto que les obligue a ser imparciales. La ausencia de datos ciertos durante la instrucción penal fomenta la elucubración y la formulación de hipótesis respecto de los hechos ocurridos, cuando no la exposición de rumores o informaciones infundadas o interesadas o la publicación de documentos o declaraciones sumariales que cobran un sentido distinto separados del entramado global del sumario».

Y entre las conclusiones de esta Instrucción destaca la 3ª: «La información proporcionada por las Fiscalías ha de ser aséptica y objetiva, sin comprometer el principio de imparcialidad, con respeto a la dignidad de las personas, y sin entrar en polémicas con los órganos jurisdiccionales, con las partes o con los medios de comunicación». En parecidos términos se expresaba el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011. En su artículo 111.1 (Comunicación con los medios) dispone: «Corresponderá al Ministerio Fiscal transmitir a los medios de comunicación la información imprescindible sobre el curso del procedimiento de investigación», si bien recuerda —siguiendo al mencionado informe del Consejo Consultivo de los Jueces Europeos (párrafo 43)— que «en todo caso, la información habrá de facilitarse en condiciones de estricta igualdad a todos los medios de comunicación interesados» (artículo 111.4). Y en su artículo 112 (Objetividad de la información. Presunción de inocencia), señala: «El fiscal informará a los medios sobre el procedimiento de investigación con la máxima objetividad, limitándose a consignar los hechos y datos pertinentes y omitiendo toda valoración o juicio que pueda menoscabar el derecho a la presunción de inocencia» (apartado 1º), y «La información proporcionada se contraerá al mínimo imprescindible cuando sea previsible que el enjuiciamiento del hecho corresponderá al tribunal del jurado» (apartado 2º).

Esto es lo que acontece comúnmente en nuestro país vecino, Francia. Todos recordamos las comparencias del fiscal de Marsella —equivalente a juez instructor en España y modelo seguido en el referido anteproyecto de ley— que en marzo de 2015 dio cuenta a

la opinión pública casi en tiempo real de la investigación de la catástrofe aérea de Germanwings en los Alpes. En nuestro país, a pesar de la normativa antes expuesta, hemos de preguntarnos: ¿alguien ha escuchado alguna vez a un fiscal explicar su posición en un sumario? ¿No es peor la imagen que ya ha calado de la Fiscalía como defensora de poderosos por falta de transparencia y explicación pública? En todo caso, la falta de transparencia favorece el descrédito y la sospecha. Además, deja en manos de acusaciones particulares y defensas la labor de informar sobre la marcha de los procesos, que a buen seguro desempeñará de forma interesada.

La referida Instrucción, en su conclusión 14ª, apunta a las Oficinas de Prensa de los Tribunales Superiores de Justicia, hoy Oficinas de Comunicación, como cauce especialmente adecuado para la canalizar la información y remisión de la misma, así como en su caso de copias de escritos de calificación o de informes. Estas oficinas serán «fuente oficial» del poder judicial y el puente de unión entre este y los periodistas (Conclusión 3ª del citado Protocolo de Comunicación de la Justicia de 2015). Y se facilitará por estas la información que sea posible de acuerdo con las pautas de este protocolo, respetando siempre los límites que establece la Ley. Es posible facilitar información a los periodistas que no afecte a la investigación (conclusión 7ª).

Tras estos bienintencionados propósitos del referido protocolo, es cuando menos llamativo el resultado de una encuesta de ámbito nacional a todos los jueces o magistrados en servicio activo, realizada por Sigma Dos en 2015: el 75 % de los jueces y magistrados en activo considera que la política de comunicación del Consejo General del Poder Judicial no atiende a las necesidades y preocupaciones de los jueces; El 69 % piensa que la comunicación del Consejo no transmite a la sociedad la realidad de la actividad judicial, y el 65 % de la carrera judicial cree que la comunicación del Consejo no está siendo un instrumento eficaz para potenciar la confianza de la sociedad española en la justicia. Por otra parte, hay un gran consenso en la opinión de jueces y magistrados sobre la información judicial en los medios de comunicación generales: el 91 % cree que los medios de comunicación no reflejan con objetividad el quehacer judicial.

### 3. LAS FILTRACIONES DE LOS SUMARIOS

El artículo 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, redactado por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, establece que «las diligencias del sumario serán reservadas y no tendrán carácter público hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley». Y prevé sanciones de diversa índole, según sean o no funcionarios públicos, a los que revelen indebidamente el contenido del sumario. El artículo 417 del Código Penal castiga a «la autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados». Y el artículo 396 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece: «Los jueces y magistrados no podrán revelar los hechos o noticias referentes a personas físicas o jurídicas de los que hayan tenido conocimiento en el ejercicio de sus funciones». No

obstante, el secreto profesional que ampara a los periodistas y a sus fuentes evita cualquier tipo de sanción contra los mismos.

Llama la atención el cambio de terminología empleada. En su redacción originaria, este artículo hablaba de diligencias «secretas» y ahora, tras la reforma de 2015, emplea con más precisión la expresión «reservadas y no tendrán carácter público». Ello obedece a exigencias constitucionales (el principio de publicidad de las actuaciones judiciales consagrado en el artículo 120.1 CE) para incluir a las partes personadas en el conocimiento de las actuaciones (publicidad interna) y establecer su diferencia con el secreto interno del sumario acordado por el juez de instrucción, a propuesta del Ministerio Fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio (artículo 302 LECrim). «Ahora bien, ello no quiere decir que las investigaciones judiciales sean absolutamente transparentes, ya que ello puede ser un peligro, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional cuando nos enfrentamos, como en el caso presente, a una investigación sobre terrorismo» (STS de 7 de octubre de 2008).

Como señala el Tribunal Constitucional en su Sentencia 13/1985, de 31 de enero, «el secreto del sumario no significa, en modo alguno, que uno o varios elementos de la realidad social (sucesos singulares o hechos colectivos cuyo conocimiento no resulte limitado o vedado por otro derecho fundamental según lo expuesto por el artículo 20.4 CE) sean arrebatados a la libertad de información, en el doble sentido de derecho a informarse y derecho a informar, con el único argumento de que sobre aquellos elementos están en curso unas determinadas diligencias sumariales. De ese modo, el mal entendido secreto del sumario equivaldría a crear una atípica e ilegítima “materia reservada” sobre los hechos mismos acerca de los cuales investiga y realiza la oportuna instrucción el órgano judicial, y no sobre “las actuaciones” del órgano judicial que constituyen el sumario (art. 299 LECrim)».

Y la Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1988, de 4 de octubre, aporta un parámetro fundamental a la hora de calibrar los límites a la información cuando exige que «[...] el secreto de las actuaciones judiciales venga objetiva y razonablemente justificado en circunstancias evidenciadoras de que la medida resulta imprescindible para asegurar la protección del valor constitucional de la justicia».

De la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede extraerse como principio que el artículo 10 del Convenio Europeo para la salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 exige que ha de demostrarse que las restricciones a la libertad de expresión o de prensa son «proporcionadas a los fines legítimos que se persiguen» (STEDH de 8 de julio de 1986, caso *Lingens vs. Austria*), o que una «necesidad social apremiante», justifica la imposición de restricciones (STEDH de 26 de abril de 1979, caso *The Sunday Times vs. Reino Unido*).

En parecidos términos se expresa la ya citada Instrucción 3/2015, cuando señala: «Debe partirse de que durante la fase de instrucción no está vedada la transmisión de información sobre los hechos por los que se sigue el procedimiento y sobre las decisiones adoptadas, sino solamente la de datos que por afectar a la investigación puedan considerarse “sensibles” o que puedan afectar de forma desproporcionada al honor de las personas» (conclusión 9ª). Y el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 dispone en el

artículo 110.2 (Régimen de publicidad de la fase de investigación): «No obstante, cuando exista un interés informativo relevante podrá facilitarse a los medios de comunicación, en la forma y con los límites previstos en los artículos siguientes, información sobre el objeto y el estado del procedimiento».

Pero «el interés en dotar de una (siempre selectiva) publicidad externa a las imputaciones y, antes, a la simple *notitia criminis*, ha sido, por tradición, una fuente interesada de derogaciones del secreto del sumario y del derecho de los imputados a una cierta reserva, sobre todo en los primeros momentos de las investigaciones, cuando más precaria es la calidad de los datos. Ello debido al recurso a las filtraciones, en particular por parte de la policía, una práctica ilegítima que no ha perdido actualidad» (Andrés Ibáñez, 2015: 520),

El respeto al secreto sumarial externo, quizás por su formulación general e indeterminada, ha sido frecuentemente incumplido. Frente a esta relajación ha reaccionado tanto el Consejo General del Poder Judicial, a través del Acuerdo de 5 de noviembre de 1986 para evitar abusos que pudieran interferir en los derechos de las personas involucradas en los procesos (acuerdo que fue criticado por los medios de comunicación que lo calificaron como «Ley del Silencio» y por los propios jueces de instrucción de Madrid que en otro acuerdo afirmaban su competencia exclusiva para informar, bajo su personal responsabilidad, de los asuntos sometidos a su conocimiento), como la Fiscalía General del Estado, que en su Circular de 28 de julio de 1928 ya se pronunciaba sobre la necesidad de que el artículo 301 LECrim fuese especialmente cumplido por los fiscales y en la Consulta de 20 de abril de 1971 recordaba que las prescripciones del artículo 301 no habían sido derogadas ni modificadas e integraban la fase de instrucción del procedimiento penal.

En Italia, en relación con las filtraciones de las actuaciones judiciales, un proyecto de ley del Gobierno de Berlusconi en 2010 (aprobado en la Cámara de Diputados el 11 de junio de 2009 y modificado por el Senado de la República el 10 de junio de 2010) añadía el siguiente apartado al artículo 167 del Código Penal: «Salvo que el hecho constituya un delito más grave, cualquiera que publique las intervenciones judiciales en violación del artículo 114, párrafo 7º, del Código de Procedimiento Penal será castigado con la prisión de seis meses a tres años». Las reacciones de la prensa no se hicieron esperar calificando la iniciativa de ley mordaza. La prensa italiana se silencia por la ley mordaza de Berlusconi, recogía en un titular el diario *Público*. «La prensa está para controlar al Gobierno y el Gobierno no está para atacar constantemente a la prensa». La declaración es de uno de los editores del canal 24 horas de la RAI italiana en la BBC. Los periodistas italianos se lanzaron a una huelga de silencio contra la ley mordaza, que prohíbe la publicación de las escuchas telefónicas en investigaciones oficiales.

En cualquier caso, parece de todo punto razonable que haya unas diligencias secretas en la fase de instrucción. Esta tiene carácter preparatorio del juicio y, entre sus finalidades, destaca la investigadora: comprobación del delito y averiguación del delincuente. Al servicio de estos objetivos se utilizan medios de investigación (testigos, peritos, etc.) y se autorizan, de acuerdo con límites legales, medidas instrumentales de coerción y restricción de derechos fundamentales, como la entrada y registro o la intervención de las comunicaciones. Cualquiera de estas medidas publicitada con anterioridad obviamente está condenada

al fracaso porque el secreto del sumario se fundamenta en la protección de la intimidad del investigado, la presunción de su inocencia y la eficacia de la investigación. En palabras del Tribunal Constitucional, en Sentencia 195/1991, de 17 de octubre, constituyen todos ellos «límites constitucionales más estrictos al ejercicio al derecho de transmitir información veraz».

Afirma Martínez Buján (2011) que la protección del secreto sumarial cobra además especial trascendencia cuando la información divulgada afecta a relevantes personas del ámbito político, dado que en este caso el perjuicio no se proyecta únicamente sobre el individuo que es objeto de investigación, sino también sobre la institución a la que pertenece (el Parlamento o el Gobierno) y sobre el partido político al que representa. De ahí que, aparte de adoptar todas las medidas pertinentes para preservar dicho secreto (entre las que debe figurar, singularmente, el castigo de los autores de la revelación), habría que estudiar la conveniencia de regular la actividad de los jueces de instrucción, limitando la práctica de determinadas actuaciones durante las campañas electorales con el fin de evitar una judicialización innecesaria de la vida política. Y sugiere que, tomando como modelo los ordenamientos jurídicos de otros países de nuestro entorno cultural (señaladamente el británico), habría que analizar la posibilidad de limitar la información que pueden publicar los medios de comunicación sobre aspectos cubiertos por el secreto sumarial en la fase de instrucción, una fase en la que —insistimos— rige el derecho fundamental de la presunción de inocencia, puesto que en España es incuestionable que los medios de comunicación pueden divulgar la información sometida a secreto sumarial sin cortapisa alguna.

A título de curiosidad, en la ya referida encuesta de ámbito nacional a todos los jueces o magistrados en servicio activo (2015), a la pregunta sobre si cree posible facilitar algún tipo de información relativa a asuntos penales a pesar del secreto sumarial, las opiniones se encuentran muy divididas. Mientras que el 34 % de los jueces y magistrados descarta la posibilidad de ofrecer información alguna, el 32 % afirma que es posible dar información siempre que se trate únicamente de datos genéricos. Por último, un 33 % se posiciona en un punto intermedio y señala que la posibilidad de facilitar información en asuntos penales depende de determinadas circunstancias.

#### 4. LA PRESENCIA DE LOS MEDIOS EN LAS SALAS DE VISTAS

El juez Tom Clark, en la Sentencia *Estes vs. Estado de Texas* (1965) del Tribunal Supremo de los EE.UU., afirmó: «El acusado que se juega su vida en un juicio tiene derecho que la cuestión se decida en un tribunal, no en un estadio ni en una ciudad o a lo largo del país», afirmando, como *ratio* esencial de la decisión por la que se anulaba el juicio por lesión de la decimocuarta enmienda que garantiza la cláusula del proceso debido (*due process*), que la intensa cobertura mediática previa al juicio y durante el mismo había tenido un efecto excesivamente configurador del proceso, generando prejuicios sociales contra el acusado que se habían proyectado entre los miembros del jurado.

Esta resolución pone de manifiesto los efectos que se derivan de la presencia de los medios audiovisuales en el juicio oral, tanto positivos como negativos. Respecto de los primeros, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 30/1982, de 1 de junio, señala: «El principio de publicidad de los juicios, garantizado por la Constitución, implica que estos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección general. Esta proyección no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de los medios de comunicación social, en cuanto tal presencia les permite adquirir la información en su misma fuente y transmitirla a cuantos [...] están en la imposibilidad de hacerlo. *Este papel de intermediario natural desempeñado por los medios de comunicación social entre la noticia y cuantos no están, así, en condiciones de conocerla directamente, se acrecienta respecto a acontecimientos que por su entidad pueden afectara todos*» (cursivas mías), permitiendo, de esta forma, que se efectúe el control de la actividad judicial por parte de los ciudadanos. De ahí que la meritada sentencia recalque que «los representantes de los medios de comunicación social, al asistir a las sesiones de un juicio público, no gozan de un privilegio gracioso y discrecional, sino que lo que se ha calificado como tal es un derecho preferente atribuido en virtud de la función que cumplen, en aras del deber de información constitucionalmente garantizado». Los medios de comunicación pueden, a fin de cuentas, como observadores ajenos a la institución, poner de manifiesto disfunciones y contribuir de manera constructiva a la mejora de la práctica de los tribunales y de la calidad de los servicios ofrecidos a los usuarios.

Sobre los inconvenientes que la presencia de los medios pueden causar, Orenes Ruiz, (2008: 211 y 212) apunta las posibilidades técnicas de toma, montaje y posterior difusión de imágenes se prestan a posibles manipulaciones y utilización sesgada o tendenciosa de las mismas, pero sobre todo, en la incidencia que tales medios pueden tener en derechos constitucionalmente protegidos, principalmente en la propia imagen, sin olvidar los derechos al honor y la intimidad; incluso pueden verse afectados el derecho a la vida y la integridad física de peritos o testigos. La presencia de los medios puede, igualmente, originar perturbaciones en el normal desarrollo del proceso, al introducir connotaciones de espectáculo e influir en el comportamiento que, en el acto de la vista, pueden tener todos y cada uno de los intervinientes en la misma, o finalmente facilitar los juicios paralelos en los platós de televisión (ATC 165/1991 y SSTC 136/1999 y 66/2001).

Lo anterior pone de manifiesto cuáles son los intereses en juego: el desarrollo del proceso en condiciones que garanticen, junto a la regularidad en la producción de los medios de prueba, la imparcialidad del juzgador, o al menos la imagen de esta, que constituye no solo una garantía primaria del proceso justo del que son titulares las partes, en especial la persona acusada, sino el fundamento de la confianza de los ciudadanos en sus jueces.

En lo referido al acceso de los medios audiovisuales a las salas de vistas, las sentencias del Tribunal Constitucional 56/2004, 57/2004 y 159/2005 marcan un antes y un después. El TC cambia de una prohibición general con reserva de autorización, criterio que se fija en el principio 14 de la Recomendación (2003) 13 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre «divulgación e información a través de los medios de comunicación con respecto a procedimientos penales» y se preveía en el artículo 114.2 del anteproyecto de

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 (según el cual, el tribunal, previa audiencia de las partes, podrá autorizar la presencia de los medios de comunicación en las sesiones del juicio) a un régimen de habilitación general con reserva de prohibición. A partir de esta nueva doctrina, la regla general es el libre acceso de los medios por «formar parte de su derecho a comunicar la obtención de la noticia en la vista pública que se está desarrollando», y cualquier restricción tendrá un carácter excepcional, precisando resolución motivada. Este cambio determina que en España exista uno de los regímenes mas permisivos en el Derecho Comparado.

Esta doctrina encontró reflejo en el artículo 6 del Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, que estableció que, como regla general, «[...] se permitirá el acceso de los medios de comunicación acreditados a los actos celebrados en audiencia pública, excepto en los supuestos que puedan verse afectados valores y derechos constitucionales, en los que el juez o presidente podrá denegar dicho acceso mediante resolución motivada», criterio restrictivo este, por cierto, que no es otro que el fijado por la doctrina constitucional (desde la STC 96/1987) y que, como no podía ser de otro modo, informa el Protocolo de Comunicación de la Justicia de 2015.

A nivel legislativo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dentro del título dedicado a la celebración del juicio oral, regula la publicidad de los debates en los artículos 680 a 682, en la redacción dada por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. El primero de ellos, establece la regla general: «Los debates del juicio oral serán públicos, bajo pena de nulidad [...]».

Las limitaciones al principio de publicidad se recogen igualmente tanto en los textos internacionales como en el artículo 232.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «Excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los jueces y tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones». Por su parte, el artículo 681 LECrim señala, como excepción, que el juez o tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de cualquiera de las partes, que todas o algunas de las sesiones del juicio se celebren a puerta cerrada cuando así lo exijan razones de seguridad u orden público, o la adecuada protección de los derechos fundamentales de los intervinientes, en particular, el derecho a la intimidad de la víctima, el respeto debido a la misma o a su familia, o resulte necesario para evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso. En ese afán por proteger a la víctima y a sus familiares, el órgano de enjuiciamiento podrá prohibir la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de la víctima y prohibir la obtención, divulgación o publicación de imágenes de la víctima o de sus familiares. Estas medidas serán en todo caso acordadas cuando se trate de menores de edad o de personas con discapacidad.

Y el artículo 682 LECrim establece el marco normativo básico que regula el acceso de los medios de comunicación audiovisuales a las sesiones del juicio y la grabación de las mismas. Partiendo del principio general de publicidad antes señalado, no obstante, se podrá restringir su presencia cuando resulte imprescindible para preservar el orden de las sesiones

y los derechos fundamentales de las partes y de los demás intervinientes, en especial de la víctima. Dichas restricciones pueden traducirse en la prohibición parcial de grabaciones de determinadas pruebas o actuaciones, la prohibición de la toma y difusión de imágenes de determinadas personas o de la facilitación de su identidad.

En la aplicación de este nuevo precepto, el juzgador deberá de tenerse presentes las anteriores consideraciones del Tribunal Constitucional, ponderando de manera rigurosa los intereses en conflicto porque la intervención de los medios en el proceso penal no siempre transcurre de forma pacífica. Con frecuencia se produce una colisión de intereses que justifica, aun de forma restringida, el recorte o la modulación del ejercicio de la labor informativa, como medio de protección, necesario e idóneo en una sociedad democrática, de otros intereses, también de rango constitucional. Y a ello pretende dar respuesta la nueva regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Un reciente caso mediático, antes citado, ha puesto en entredicho la conveniencia de haber celebrado a puerta cerrada las sesiones del juicio oral. Ello ha dado pie a todo tipo de rumorología o de manipulación de lo allí sucedido, especialmente en la práctica de la prueba y su posterior valoración, que alimentan el descrédito de los tribunales de justicia.

Creo conveniente terminar con una referencia a la STS 1646/1994, de 16 de septiembre, que declara que «la justicia en la fase de plenario ha de administrarse de tal manera que los ciudadanos y los medios de comunicación, que son vehículos de unión indispensables y especialmente cualificados entre los centros de poder y la ciudadanía, puedan presenciarlos. Todo acto, por el hecho de ser público, alcanza una dimensión de control, de vigilancia y de supervisión de la que están carentes los que se realizan privadamente o sin publicidad».

## BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (2015): *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Madrid: Trotta.
- BECCARIA, Cesare (1982): *De los delitos y las penas*, Madrid: Alianza Editorial.
- BOUZA ÁLVAREZ, Fermín (2007): «La influencia de los medios en la formación de la opinión pública: los procesos jurídicos y los juicios paralelos», en *Justicia y Medios de Comunicación*, Cuadernos de Derecho Judicial, XVI, Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2015): *Delitos y penas en España*, Madrid: Catarata.
- MARTÍNEZ BUJÁN, Carlos (2011): «Sumario Secreto», *El País*, 28 de diciembre.
- MINISTERIO DE JUSTICIA (2011): *Anteproyectos de ley para un nuevo proceso penal*, Madrid: Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica.
- ORENES RUIZ, Juan Carlos (2008): «El acceso de los medios audiovisuales a las salas de vistas en los procesos penales», *Revista de Derecho UNED*, 3.
- RAMÍREZ ORTIZ, José Luis (2018): «Sociedad en red, igualdad, proceso y derecho penal. La sentencia de La Manada», *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 92, julio.
- ZARZALEJOS NIETO, José Antonio (2015): *Mañana será tarde*, Barcelona: Planeta.







# JUICIOS PARALELOS, IMPARCIALIDAD DE LOS TRIBUNALES Y OPINIÓN PÚBLICA: REPERCUSIONES EN LA VIDA POLÍTICA Y EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

Emilio Fernández García

Presidente de la Unión Progresista de Fiscales

Como es sabido, nuestra Constitución, en el artículo 24 reconoce como derecho fundamental el que más relación tiene con la Administración de Justicia penal, el derecho a la presunción de inocencia, junto a los derechos al juez ordinario, a la defensa, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable.

Del mismo modo, en el artículo 18 se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y se consagra la limitación informática, para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

Por último, en lo relativo a la cuestión que analizamos, en el artículo 20 se reconocen y protegen los derechos: «a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción» y «d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión [...]», lo que se complementa con la prohibición de la censura previa y con la fijación de un límite en su ejercicio, que no es oro que «[...] el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia»,

y prohibiendo el secuestro gubernativo de publicaciones, grabaciones y otros medios de información, que únicamente podrá efectuarse en virtud de resolución judicial.

El derecho a la presunción de inocencia, inicialmente concebido para desenvolverse en la justicia penal, ha sido progresivamente ampliado a todo tipo de procesos sancionadores o en aquellos en los que se supone infringido el ordenamiento jurídico, e incluso, a través de las Sentencias del Tribunal Constitucional, ha visto ampliada su eficacia incluso en los ámbitos no procesales, de suerte que en su configuración actual, el derecho a la presunción de inocencia sería una faceta del derecho al honor, por cuanto la vulneración de esa presunción supone un ataque al derecho al honor tanto en su faceta individual (el sujeto en su fuero interno) como en la externa o social (el derecho a ser considerado públicamente inocente).

Sin perjuicio de su consideración como un derecho fundamental de primer orden, la presunción de inocencia entra en colisión con otros del mismo rango, sustancialmente con el derecho a la libertad de expresión y el derecho a difundir información veraz por cualquier medio de comunicación. El problema, como veremos, es conciliar estos derechos, de modo que, sin vulnerar la presunción de inocencia, sea lícita la libertad de expresión, y la posibilidad de informar legítimamente y sin consecuencias penales ni civiles, de los hechos objeto de una causa judicial o respecto de los que incluso no exista aún la misma, pero sí hechos de los que lógicamente debería nacer una tras ser conocidos.

A lo anterior se une una consideración de carácter histórico: hasta la época posterior a la Revolución francesa y al surgimiento del constitucionalismo, la regla general era la existencia de procesos inquisitivos, instruidos a espaldas no solo de la sociedad, sino incluso del propio encausado, que no tenía intervención alguna en la fase de acopio de material probatorio y que, por ello, tenía muy limitadas sus posibilidades de defensa.

El proceso moderno se constituye sobre el eje de la existencia de unos derechos fundamentales, especialmente de los de desenvolvimiento procesal, que vinculan a todos los poderes públicos, que garantizan de manera amplia el derecho de defensa, el derecho a un juicio justo, a conocer la acusación, a servirse de los medios de prueba pertinentes para la defensa y, de modo especial, el derecho a un proceso público.

Esa nota, la publicidad del proceso, nació como una garantía del acusado frente a los procesos inquisitivos, las pruebas secretas, y a la posibilidad de una indefensión absoluta, pero en la actualidad, la publicidad, no solo del proceso, sino en particular de los hechos relevantes y sus circunstancias, se ha convertido en un elemento perturbador o potencialmente perturbador en varios aspectos:

*i)* Su colisión con el derecho al honor y la presunción de inocencia del inculpado, o acusado, que habitualmente puede comprobar cómo la divulgación o el conocimiento de sus datos e informaciones personales y familiares, muchos de ellos ajenos a los hechos enjuiciados, pueden causarle un perjuicio irreparable, en especial en los supuestos de sentencias absolutorias, resoluciones denegatorias de apertura de causas penales o autos de sobreseimiento.

En ocasiones, los deseos de ganar audiencia o destacar sobre cadenas o emisoras rivales hace que muchos profesionales realmente configuren tribunales mediáticos en los platós, respecto de los cuales, si parece claro que no pueden tener influencia en el resultado de la causa «real», es evidente que crean un estado de opinión, más o menos fundado en la opinión pública, que asiste como espectadora a los citados programas y se forja una idea, que se supone en muchos casos cierta sobre los hechos, sus circunstancias, los autores, la Policía, los jueces etc. (ejemplos paradigmáticos de esto fueron los casos de Alcàsser, Marta del Castillo y de Rocío Wanninkhoff).

Este último fue una muestra patente del daño que la presión mediática y un juicio paralelo puede ocasionar: en el caso Wanninkhof (1999), el resultado social fue opuesto al judicial, toda vez que tras un juicio plagado de irregularidades que posteriormente se declaró nulo, y con una sentencia condenatoria sobre la que aparecía como responsable mediática, Dolores Vázquez, en 2001, dos años después, y en el curso de una investigación del asesinato de la joven Sonia Carabantes, pudo determinarse, merced a una prueba biológica, que el verdadero autor del crimen era otro: un británico, que fue posteriormente condenado. Es evidente que el daño causado a la Sra. Vázquez, además de la prisión preventiva durante más de un año, es irreparable.

En estos casos, la única solución efectiva deriva de la autorregulación y la aplicación voluntaria de un código ético de los medios que respete la presunción de inocencia y que estos se abstengan de concertar u organizar tribunales paralelos en sus programas, sin perjuicio del cumplimiento escrupuloso de las disposiciones legales tendentes a evitar filtraciones, revelación de secretos, fugas de información, etc.

Mención especial merece el supuesto del político encausado, imputado o señalado como autor de un hecho delictivo, particularmente en los casos de ámbito nacional. Hemos asistido en los últimos años, meses y días a numerosos ejemplos: caso Lezo, Gürtell, Noós, Cifuentes, Casado, etc., han puesto de relieve que, con carácter general, los políticos no es que no tengan presunción de inocencia, es que la tienen realmente de culpabilidad, especialmente en supuestos de corrupción política, donde flota la idea de que el político es culpable o corrupto mientras no se demuestra lo contrario, idea que siempre alientan sus adversarios políticos.

Aquí es esencial distinguir la denominada responsabilidad política, por ejemplo en casos de meras irregularidades administrativas, de la responsabilidad judicial de cualquier tipo, y por supuesto de la situación del injustamente señalado o acusado que posteriormente es absuelto o ve archivada su causa por acreditarse su inocencia, situación esta última completamente distinta del político que es acusado o señalado como autor de unos hechos y que posteriormente obtiene una resolución favorable, no por ser inocente, sino por otras circunstancias distintas, por ejemplo la prescripción de los delitos.

Es lo ocurrido parcialmente en el asunto relativo al presidente del PP, Pablo Casado, supuesto este en el que ponerse en evidencia una patente desigualdad de trato entre él, aforado, y los demás intervinientes que fueron imputados (a diferencia del Sr. Casado), que una vez elevada la exposición razonada por parte de la juez natural del asunto al Tribunal

Supremo para que el Alto Tribunal decidiera sobre la apertura de causa penal contra el mismo por los delitos de cooperación necesaria o inducción en un delito de prevaricación administrativa y otro de cohecho impropio, se ve favorecido por el dictamen de fiscal del Tribunal Supremo, que con criterio distinto al de la Fiscalía de Madrid (y últimamente acabamos de conocer que también al de la Audiencia Provincial de Madrid) estima que no hay indicios de la comisión del delito de prevaricación y prescrito (no inexistente) el de cohecho, criterio seguido por el Tribunal Supremo, en cuya resolución de inadmisión de la apertura de causa penal constata un trato de favor no delictivo.

¿Qué es preferible? ¿Limitar el derecho a la información o, por el contrario, sostener que en la colisión de derechos tales como la presunción de inocencia, el honor o la libertad de expresión y de información debe darse preferencia a estos últimos? A mi juicio, y ponderando los intereses en conflicto, en general es preferible la publicidad y la prevalencia de las libertades de expresión e información, pero eso sí, de información veraz, dejando al afectado libre la vía civil de resarcimiento de su honor, intimidad o propia imagen cuando sean injustamente atacados.

Pero, sin duda, esta afirmación debe ser matizada. Desde la pasada semana hemos asistido a uno de los episodios más lúgubres de acoso a políticos de los últimos tiempos: la revelación de unas conversaciones privadas grabadas sin consentimiento de los asistentes a una comida celebrada hace 9 años, a la que asistieron varios mandos policías, un juez y una fiscal.

La relevancia mediática del caso se produce por que el autor de la grabación, una vez jubilado y a consecuencia de sus actividades delictivas, es ingresado en prisión preventiva, y en una situación completamente distinta a la del momento de la grabación, con un comensal fallecido, otros ya lejos de sus responsabilidades anteriores, el juez apartado por el Tribunal Supremo de la carrera judicial, y la entonces fiscal, Dolores Delgado, desempeñando el cargo de ministra de Justicia, de forma ilícita y sin duda con el propósito de desestabilizar y hacer caer a la propia ministra y al Gobierno, comienzan a ser difundidas, en un medio digital creado *ad hoc*, diversos aspectos y parte del contenido de las citadas conversaciones, sembrando un campo sórdido en que se hace referencia a diversos hechos propios y ajenos de los comensales, difusión que se convierte durante días en noticia de primera plana, al hacerse eco de la misma casi todos los medios de comunicación de todo tipo.

De inmediato, y de forma interesada surgen fuertes corrientes de opinión que comentan hasta la saciedad las citadas conversaciones, sus repercusiones, el carácter eventualmente delictivo tanto de lo conocido como de la conducta de algunos de los presentes, etc.

Tras la escalada del ataque a varios miembros del Gobierno, a los que se acusa en el ámbito político y en parte de los medios de comunicación de la comisión de varios delitos, hemos escuchado a una cualificada responsable del Gobierno manifestarse en favor de acabar con la autolimitación de los profesionales y de establecer limitaciones legales al derecho a la información, dando clara preferencia al derecho al honor, propuesta que no creemos ni adecuada ni conforme al desarrollo constitucional de los derechos a la libertad de expresión y a la información.

Es evidente que el fantasma de la censura está presente, y no cabe duda, desde el punto de vista de la libertad y la defensa de los derechos, que el derecho a la información y la libertad de prensa son esenciales en un Estado de Derecho porque son uno de los pilares de la democracia.

Cerramos ese apartado con una última reflexión: incluso años después de los hechos, del proceso y de la sentencia condenatoria puede haber colisión entre derechos fundamentales: Es lo ocurrido con el secuestro judicial del libro *Fariña*, editado por Libros del KO hace años, que obtuvo notoriedad a raíz de ser adaptado por Antena 3 para una serie sobre el narcotráfico gallego (y la operación Nécora) este año 2018.

Al sentirse aludido, el alcalde de O Grove, pidió el secuestro de la publicación, que fue acordado inicialmente por el Juzgado de Collado Villalba y posteriormente dejado sin efecto por la Audiencia Provincial de Madrid por estimar que predominaba el derecho a la información veraz, y que no atentaba contra el honor. Con ello, el citado libro obtuvo una segunda vida, se agotaron los ejemplares y llegó a las 10 ediciones en castellano y gallego.

*ii)* La posible afectación de los profesionales que intervienen en las causas, cuestión esta que siendo más relevante respecto al juez o miembro del tribunal, no escapa de la actuación del fiscal, los abogados, el letrado de la Administración de Justicia, las fuerzas de seguridad, los médicos forenses, el resto de peritos, etc.

Podríamos preguntarnos si se ven afectados por el tratamiento mediático de los asuntos y por el hecho de que las miradas de millones de personas estén fijadas en ellos y en sus resoluciones. ¿Les afecta? ¿Les intimida? A tenor de lo que después expondré y de mi conocimiento tras 35 años de ejercicio de mi profesión de fiscal, creo que no.

Sin llegar a la afirmación de un presidente de Audiencia Provincial, que hace años declaró que los jueces «tenemos una fuerza interior que nos permite resistirnos a las presiones», los jueces y fiscales basan su trabajo, sus actuaciones y sus resoluciones en la Constitución, las leyes, en los hechos, las actuaciones procesales y su conciencia, y su ánimo no se ve alterado ni su mano torcida por la mayor o menor repercusión de sus resoluciones. Si no fuera así, por ejemplo, difícilmente los procesos se alargarían tanto en el tiempo y las resoluciones serían muchas veces las que son. En el asunto de La Manada, que *infra* comento, hubo excesiva duración en la tramitación de la causa, excesivo tiempo hasta que se dictó sentencia, la misma fue adoptada por dos de los tres magistrados, y posteriormente la Sala, con dos magistrados igualmente pero distintos, decretó la libertad provisional de los penados. No cabe duda de que no estuvieron en modo algunos condicionados, por la prensa, la opinión pública, el Gobierno, los grupos políticos o las asociaciones de mujeres o la sociedad en general.

*iii)* La víctima, para la que, en muchas ocasiones, la desmedida publicidad de unas actuaciones procesales, o de la revelación de los hechos y de sus pormenores puede suponer no solo una victimización secundaria, sino la revelación de sus datos personales, familiares, íntimos, etc. que le pueden causar un grave perjuicio. Volveré a esta cuestión al comentar el caso de La Manada.

*iv)* Los testigos de las causas, en especial los testigos de hechos con repercusión muy mediática o los testigos protegidos en supuestos de aplicación de la Ley de protección de testigos, que pueden ver su identidad desvelada, con el consiguiente riesgo para su vida o su integridad o la de su familia.

*v)* Los personajes con relevancia pública tales como alcaldes, concejales, diputados, senadores, miembros del Gobierno, etc., que pueden caer en la tentación de rentabilizar uno o varios aspectos de una causa abierta o aún sin incoar, con el daño que ello supone no solo para un acusado, e incluso en ocasiones para cualquiera de los antes mencionados, en especial los miembros del poder judicial intervinientes o relacionados con los hechos, y los fiscales.

Hace unos años, sin internet, redes sociales, gabinetes de comunicación, prensa digital y con pocos medios de difusión, era muy difícil que la existencia de muchos de los sucesos o hechos, juicios, avatares procesales, imágenes, audios, etc., salvo los muy graves, fueran conocidos, con lo que el encausado disfrutaba plenamente, si no de lo que entendemos hoy por presunción de inocencia, sí de un silencio que le permitía seguir viviendo normalmente, incluso en los núcleos de población pequeños.

En la actualidad, esta situación ha cambiado de modo radical: vivimos en un mundo globalizado, con infinidad de medios de información físicos, digitales y de radiodifusión, unas posibilidades de compartir información, veraz o no, por cualquier medio (piénsese incluso en las páginas web, foros, Instagram, Facebook, Twitter, etc.) de eficacia instantánea y universal, lo que provoca que, a cualquier nivel, desde un juzgado de una localidad pequeña al más alto tribunal, vean sus causas, decisiones, diligencias, etc. dotadas de una publicidad global antes inimaginable.

Existen aún dos notas que agravan esta circunstancia: en la mayoría de las ocasiones los medios están «posicionados», es decir, no abordan la información desde una perspectiva neutral, sino que toman partido en uno u otro sentido respecto a las noticias que difunden; en segundo lugar, en muchas ocasiones las informaciones, no siendo tendenciosas o no tratando de faltar a la verdad, no son exactas por el desconocimiento por parte de muchos profesionales de la información de los papeles de los operadores jurídicos y de las relevancias o avatares procesales.

## ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL CASO DE LA MANADA

Este juicio, entre los relativos a la delincuencia común, ha sido uno de los más mediáticos desde todos los puntos de vista, y es un ejemplo de lo que no debe ocurrir en el curso de una investigación judicial y posterior enjuiciamiento.

Brevemente, diremos que los hechos se concretan en lo ocurrido en las Fiestas de San Fermín de 2016, el propio 7 de julio, cuando 5 individuos contactaron con una joven que se encontraba sola, de suerte que finalmente los seis acabaron en un portal donde se produjeron unos hechos que a los efectos de este artículo no creo necesario rememorar.



El proceso fue objeto de desmedida atención por los medios de comunicación y la opinión pública por la siguiente notas:

- Tratarse de un episodio de carácter sexual.
- Ser cinco los intervinientes como encausados, autodenominados La Manada y la víctima una sola mujer que rozaba la mayoría de edad.
- La circunstancia de la aparición de vídeos de otra ocasión en la que los mismos jóvenes habían realizado actos con connotación sexual con una joven adormecida, o drogada, a bordo de un vehículo.
- Las campañas coetáneas contra los abusos y agresiones sexuales en las grandes concentraciones de personas y en particular en las fiestas de Pamplona.
- Las incidencias de la prisión preventiva de los acusados.
- La larga duración de la instrucción y el transcurso de 16 meses desde el acaecimiento de los hechos y el juicio, que se extendió durante 11 sesiones en noviembre de 2017, todas a puerta cerrada excepto dos.
- La circunstancia de que, negando los acusados los hechos, determinadas personas iniciasen una campaña en redes sociales contra la víctima en la que se llegó a poner a disposición del público sus datos personales, fotos de los hechos, vídeos e incluso su DNI escaneado, donde aparecía su fecha de validez, sus iniciales y su firma, a través de cuyo visionado podía conocerse su nombre.
- El hecho de que siendo, un asunto sin gran carga probatoria, la sentencia de primera instancia (de 134 folios) vio la luz a finales de marzo de 2018, con más de tres meses de retraso, fue suscrita por dos magistrados, mientras que el magistrado discrepante redactó un voto particular absolutorio de 236 folios.
- El hecho de que, además, la sentencia no condenase por agresión sexual continuada, sino por abuso y redujese notoriamente las penas respecto de las interesadas por el fiscal y la acusación particular, lo que, unido al voto particular absolutorio produjo, una gran conmoción en la opinión pública, e incluso en el mundo judicial y político, llegando incluso el entonces ministro de Justicia Rafael Catalá a hacer unas desafortunadísimas declaraciones en especial contra el magistrado discrepante, del que comentó ante las cámaras que «tenía un problema singular», lo que indignó tanto como la propia sentencia por constituir un claro ejemplo de intento de intromisión en la justicia.

Aquí se puso de manifiesto la fuerza mediática respecto a la crítica real y fundada, ya que, teniendo sentencia más el voto particular una extensión de 370 folios, pocos minutos después de hacerse pública ya era severamente criticada, lo que evidenciaba que los críticos, a favor o en contra, no habían podido leer ni siquiera entre líneas la citada resolución.

Y es más, el revuelo aumentó por la circunstancia siguiente: la resolución fue notificada por vía digital, y contenía en todos sus folios un código seguro de verificación digital que trataba de garantizar su integridad mediante una función *hash*; en el texto estaban tachados

los datos personales de acusados y víctima, y el archivo pdf fue insertado tal cual en numerosos medios de comunicación.

De esta manera, cualquier lector de esos medios pudo, mediante un programa de verificación acceder a todos los datos de los acusados y la víctima, con lo cual esta quedó en la más absoluta desprotección, frente a los acusados y frente a terceros, vulnerándose de este modo las disposiciones que protegen a las víctimas, en particular a las de delitos violentos y contra la libertad sexual, y ello además pese a que el tribunal del caso de La Manada advirtió a la prensa la obligación de no divulgar aquellos pasajes explícitos que afectasen a la intimidad de la víctima, aunque no atendió a la necesidad de eliminar ese código del lateral del texto de la sentencia. Más tarde se quiso responsabilizar de la fuga masiva de datos personales a la letrada de la Administración de Justicia.

Ello dio lugar a una fuerte contestación del Colegio Nacional de Letrados de la Administración de Justicia, que un día antes del segundo aniversario de los hechos hizo pública una dura nota en la que entre otras cosas, destacaba:

«El Protocolo de Comunicación de la Justicia del 2015 y vigente, dictado por el Consejo General del Poder Judicial establece en su página 18 que en estos casos las oficinas de comunicación (gabinetes de prensa del CGPJ dependientes de los presidentes de TSJ) alteren los textos para eliminar datos personales y “aquellos otros que puedan identificarlos” (léase por ejemplo los famosos CSV) e incluyan en la comunicación una advertencia de protección de datos para quien reciba el documento. El traslado de la resolución pedida por el gabinete ha seguido lo indicado en ese protocolo y la práctica habitual.

La Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial incumpliendo el Reglamento UE 2016/679, encarga un informe sobre cumplimiento de la normativa sobre protección de datos de carácter personal, asumiendo una competencia que, al amparo del citado Reglamento, corresponde a la autoridad de control que se debe constituir en el seno del propio Consejo General del Poder Judicial, con el carácter de órgano independiente y dotado de dependencias, personal y presupuesto propios. Una autoridad que aún no ha sido creada a pesar del mandato imperativo de ese Reglamento, por un CGPJ, que según la Comisión de Justicia de las Cortes Generales (página 10 del documento enlazado) nunca se ha caracterizado por sus conocimientos informáticos, y que ahora reincide en su incumplimiento de la legalidad con este informe.

Los sistemas informáticos que se utilizan en la Administración de Justicia no han pasado la auditoría de seguridad que establece la legislación de protección de datos de carácter personal, pero no contentos con eso, incumplen flagrantemente toda la legislación de protección de datos de carácter personal, de cuyo cumplimiento deben velar los letrados de la Administración de Justicia, desde el año 2015. Sin que se les tenga en cuenta para nada, salvo para hacerlos responsables de los incumplimientos de otros, Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Justicia y Comunidades Autónomas, que nada han protocolizado en materia de protección de datos determinando actividades, comportamientos y mecanismos para ello, en los documentos de seguridad que la ley exige, aún inexistentes, por dejadez de las Administraciones y CGPJ, en Justicia.

La cuestión está en el empeño de utilizar la firma electrónica sin entender lo que ello significa, y en crear un mundo de resoluciones judiciales en PDF, sin saber tampoco su transcendencia, desconociendo advertencias, y una vez más, el CGPJ y el Ministerio de Justicia y las CCAA desconociendo la imposibilidad absoluta de que los Letrados de la Administración de Justicia puedan modificar esos archivos PDF. Y ello por la obstinación en utilizar el sistema de comunicación ideado por la Agencia Tributaria, donde no hay partes personadas y la Administración incrusta en sus documentos un código de verificación para que el ciudadano pueda comprobar la veracidad de lo que le comunica a él y solo a él, la Agencia Tributaria. Ya deberían saber el Consejo General del

Poder Judicial, el Ministerio de Justicia y las CCAA que nos obligan a utilizar los medios tecnológicos precarios con los que trabajamos que, como ahora parece, el código de verificación permite obtener un original de toda resolución que lo lleve, y que a nadie han advertido. Incumpliendo, además, las normas procesales que dicen que a las partes del procedimiento se les notifican copias, porque el original tiene que estar custodiado en el órgano judicial por el letrado de la Administración de Justicia Y quienes dispusieron de dicho documento, que reciben eliminados manualmente para proteger los datos de las víctimas y suponemos que también en este caso con la advertencia del gabinete de prensa del TSJ, de proteger la intimidad que hemos dicho en el punto 1, usan de la vía oculta del CSV para acceder a esos datos que se ha actuado para proteger, y acaban en redes sociales, y no solo eso, los medios de comunicación, eso sí escasos, que los publican, incumplen flagrantemente así también, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito agrediendo su derecho a la intimidad».

En el momento de distribuir a los medios la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra advirtió que «no autoriza la difusión de datos personales contenidos en la resolución ni su inclusión en ficheros o bases de datos [...]. Por tanto, la comunicación de datos personales será responsabilidad de los medios de comunicación», según el TSJ.

Y no es esta la última circunstancia llamativa en este proceso en relación con el tema que tratamos, ya que, toda vez que, además de lo relatado, tres meses después de la sentencia, la Audiencia Provincial de Navarra decretó la puesta en libertad de los condenados, con el argumento de que era impensable que volvieran a delinquir, lo que originó una nueva escalada mediática a favor y especialmente en contra de la resolución, y nuevas declaraciones, esta vez de la portavoz del nuevo Gobierno, que criticó duramente la puesta en libertad.

Lo cierto es que, en el momento de escribir estas líneas, la Sala Civil y Penal del TSJ de Navarra, competente para la segunda instancia, y con recursos de todos los intervinientes, no ha señalado aún fecha para la vista, lo que pone de manifiesto un nuevo retraso que no respeta los derechos de condenados y víctima y que hace suponer que queda mucho hasta que sobre este caso se dicte sentencia en el Tribunal Supremo.

Como puede apreciarse, es difícil encontrar un asunto en cuya tramitación hayan existido tantas situaciones mediáticas y tantas vulneraciones de derechos, lo que permite concluir que todos los intervinientes en el proceso (juez instructor, fiscal, magistrados de todo tipo, letrado de la Administración de Justicia, Gabinete de Comunicación, abogados) y también los que son espectadores desde fuera (medios de comunicación, profesionales de la información, miembros del Gobierno, políticos y ciudadanos en general, cada uno en su ámbito propio) deberían reflexionar en otros casos a fin de evitar estas vulneraciones de derechos, que desde luego, en nada contribuyen a una Justicia rápida y eficaz en la que la que el pueblo, de quien emana la justicia, pueda confiar.



# ESTUDIOS

Niveles de legitimación

*Owen Fiss*

Sobre la certeza y el error de tipo objetivamente invencible

*José Antonio Ramos Vázquez*

Blanqueo de capitales y principios penales

*Ángela Matallín Evangelio*

# NIVELES DE LEGITIMACIÓN LEVELS OF LEGITIMACY

*Owen Fiss*

*Profesor emérito de Derecho  
Universidad de Yale*

## RESUMEN

El caso *Clapper* parece haber creado un nivel especial y elevado de legitimación activa para los casos de seguridad nacional. El efecto es que las demandas relacionadas con estos asuntos suelen ser desestimadas y las normas impugnadas se mantienen en vigor sin una decisión en cuanto al fondo. La Suprema Corte ha renunciado a resolver —incluso a abordar— cuestiones constitucionales que resultan cruciales únicamente por ser planteadas en relación con cualquier ley que el gobierno considere vinculada con el «fomento la seguridad nacional». Podría decirse que en casos de seguridad nacional las puertas de la justicia permanecen cerradas. Al adoptar este nuevo concepto escalonado de legitimación la Corte ha fracasado en el cumplimiento de su responsabilidad —tan esencial en tiempos de guerra como de paz— de hacer que los poderes legislativo y ejecutivo rindan cuentas ante la ley.

## PALABRAS CLAVE

Control de constitucionalidad, seguridad nacional, derechos fundamentales, guerra contra el terrorismo.

## ABSTRACT

The *Clapper* case seems to have created a special, heightened tier of standing for national security cases. Suits regarding this issue are dismissed and the statute challenged is kept in force without a ruling on the merits. The doors of the courthouse are shut and, as a result, the Court declines to resolve or even address crucial constitutional questions raised by a policy, provided it is designed to further national security. In adopting this new, tiered approach, the Court has failed in its responsibility—as essential in times of war as well as peace—to hold the legislative and executive branches accountable to the law.

## KEY WORDS

Judicial review, national security, fundamental rights, war on terror.

# NIVELES DE LEGITIMACIÓN

Owen Fiss\*

Profesor emérito de Derecho  
Universidad de Yale

**Sumario:** 1. La Ley de 2008. 2. Objeciones Constitucionales a la Ley de 2008. 3. Las vulneraciones de derechos de los demandantes. 4. ¿Reformular el test de legitimación? Notas. Bibliografía.

La Corte Suprema tiene la responsabilidad de proteger la Constitución. Sin embargo, para que pueda determinar si ha habido una vulneración del texto constitucional, es preciso que en un caso concreto el demandante invoque una supuesta violación y que la demanda llegue a sus puertas. Alguien debe alegar la inconstitucionalidad de una acción de Gobierno, una ley o una disposición normativa y demostrar que la aplicación de esa norma supuestamente inconstitucional le causa un perjuicio o podría razonablemente causárselo. Si la parte actora no demuestra ese perjuicio, la Corte considerará que quien impugna carece de «legitimación procesal» —es decir, de la capacidad necesaria para ser parte en el juicio en cuestión— y, en consecuencia, desestimará la demanda sin entrar a valorar el fondo del asunto.

El requisito de legitimación ha sido durante generaciones una característica estable en nuestra tradición constitucional<sup>1</sup>. La doctrina ha concebido este requisito como una extrapolación del artículo III de la Constitución, cuya función es limitar la jurisdicción del poder judicial federal a ciertos «casos» o «controversias». Por su parte, la Corte ha interpretado que, conforme a este requisito, solo debe resolver aquellos casos de inconstitucionalidad que efectivamente causen algún perjuicio a la parte demandante.

El requisito de legitimación también ha sido defendido sobre la base de la función que desempeña con respecto al principio constitucional de separación de poderes. Desde este punto de vista, ese requisito serviría para determinar la competencia del poder judicial, limitando su actuación solo a la resolución de aquellas disputas en las que el demandante enfrenta una amenaza de daño real e impidiendo, de esta forma, que usurpe las funciones legislativas o ejecutivas que corresponden a las otras ramas del Gobierno, que también tienen facultades —e incluso el deber— de interpretar la Constitución.

Otros han defendido el requisito de legitimación desde una perspectiva más pragmática. Esta postura sostiene que tal exigencia evita que la Judicatura malgaste el tiempo en

---

\* Nota del autor: Agradezco a Daniel Rauch su extraordinaria investigación y su asistencia editorial.

consultas meramente académicas —asuntos de poca importancia práctica para el funcionamiento del Gobierno o para la vida de la ciudadanía—. También se argumenta que este requisito sirve para facilitar y fortalecer el funcionamiento de nuestro sistema adversarial a partir de la asunción de que la parte demandante que tiene interés personal en resolver un asunto se esforzará más en el momento de presentar los hechos y fundamentos jurídicos de su demanda que la que únicamente tiene un interés abstracto en el asunto.

En la práctica, las exigencias del requisito de legitimación han variado a lo largo del tiempo. En 1960, en el apogeo de la Corte Warren, el requisito fue interpretado de una forma permisiva —en consonancia con la concepción amplia del poder judicial que prevalecía en ese momento—. Sin embargo, a partir de mediados de la década de 1970 la Corte Suprema ha sido cada vez más estricta al aplicar este requisito a todo tipo de casos, incluidos los constitucionales, y se ha mostrado especialmente cautelosa en aquellos juicios iniciados por los ciudadanos en los que los demandantes no alegaban daños personales más allá de la preocupación por el hecho de que el Gobierno había actuado o podría estar actuando ilegalmente. Para enfrentar tales demandas, la Corte Suprema comenzó a exigir cada vez con mayor frecuencia que las lesiones de los demandantes, o las amenazas de lesiones, fueran especificadas y evidentes.

La Corte continuó en esa misma línea durante un largo periodo hasta que, en febrero de 2013, una década después de que se declarara la «Guerra contra el terrorismo», dio un salto cualitativo con una reforma del requisito de legitimación que elevaba su nivel de exigencia en los casos concernientes a la seguridad nacional. Esto ocurrió a raíz del caso *Clapper vs. Amnistía Internacional*<sup>2</sup>, en el que la Corte tuvo que pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley aprobada en 2008 que había ampliado enormemente el poder de vigilancia del Gobierno federal. El caso planteaba cuestiones constitucionales vitales. No obstante, la Corte decidió no entrar en ellas y desestimó la demanda amparándose en el argumento de la falta de cumplimiento del requisito de legitimación, ello a pesar de que era consciente de que la desestimación implicaba, en la práctica, el impedimento de cualquier posibilidad de revisión judicial de la ley. Para sostener esa conclusión en el caso *Clapper*, la Corte adoptó un concepto de justiciabilidad de acuerdo con el cual el requisito de legitimación implica diversos «niveles de legitimación» cuya exigencia variaba según el tipo de casos. La Corte sostuvo que, en esta graduación, los casos relativos a la seguridad nacional exigían el nivel más alto y más estricto de legitimación<sup>3</sup>.

En otros supuestos, especialmente en casos relacionados con la cláusula constitucional de igualdad ante la ley y la libertad de expresión, es común la aplicación de la doctrina de los «niveles de escrutinio». En estos casos, la Corte utiliza a menudo tres estándares diferentes para revisar la constitucionalidad de las leyes: el escrutinio estricto (el nivel más exigente), el escrutinio intermedio y la revisión de base racional (el más permisivo). En los asuntos que versan sobre la igualdad ante la ley, por ejemplo, el control estricto se reserva para las leyes que emplean una categoría sospechosa (como la raza) o que restringen el ejercicio de un derecho fundamental (como el derecho de voto). Del mismo modo, en los casos de libertad de expresión, el análisis estricto se reserva para aquellas medidas que interfieren en un discurso por su contenido, mientras que se aplica un escrutinio menos



exigente para las medidas que simplemente regulan un discurso en razón del tiempo, lugar o manera en que el mismo es emitido. En cualquier caso, en el nivel más elevado, se exige al Gobierno que demuestre que la normativa en cuestión fue diseñada para cumplir un fin legítimo, que su contenido se adapta de manera específica a ese propósito y que constituye efectivamente la forma menos restrictiva para lograrlo. No es sorprendente que, en la práctica, el nivel más estricto generalmente resulte ser un nivel «realmente fatal» (Gunther, 1972: 17), en el sentido de que las mayoría de normas que encuadran en este nivel de escrutinio son finalmente anuladas.

De igual manera, el caso *Clapper* parece haber creado un nivel especial y elevado de legitimación activa para los casos relacionados con la seguridad nacional, un nivel aparentemente análogo al nivel de escrutinio estricto antes descrito. Sin embargo, esta apariencia se quiebra en el contexto de los «niveles de legitimación», ya que en este ámbito el nivel más exigente arroja un resultado opuesto. A diferencia de lo que ocurría en el nivel de escrutinio estricto, en los casos de legitimación estricta la demanda suele ser desestimada y la ley impugnada se mantiene en vigor sin un pronunciamiento sobre el fondo. El resultado es que la Corte se niega a resolver —incluso a abordar— cuestiones constitucionales cruciales cuando estas son planteadas en relación con cualquier ley que el Gobierno considere diseñada para «fomentar la seguridad nacional». Podría decirse que, a diferencia de lo que ocurría con los niveles de escrutinio, en los casos relativos a la seguridad nacional las puertas de la justicia permanecen cerradas. Al adoptar este enfoque nuevo y escalonado, la Corte ha fracasado en el cumplimiento de su responsabilidad, tan esencial en tiempos de guerra como de paz: hacer que los poderes legislativo y ejecutivo rindan cuentas ante la ley.

## 1. LA LEY DE 2008

La Ley de 2008 impugnada en el caso *Clapper* tuvo su origen en las fases iniciales de la «Guerra contra el terrorismo». En el otoño de 2001, el presidente George W. Bush emitió una orden ejecutiva secreta que sentaba las bases del llamado «Programa de Vigilancia Terrorista». En ella se ordenaba a la Agencia de Seguridad Nacional que interceptara las llamadas telefónicas internacionales entre personas ubicadas en los Estados Unidos y personas emplazadas en el extranjero sospechosas de tener vínculos con Al Qaeda o sus aliados. Inicialmente, la orden del presidente no podía ser conocida por el público. Sin embargo, en diciembre de 2005 el Programa fue publicado por el *New York Times*, causando gran controversia<sup>4</sup>.

Aunque algunas críticas al programa se basaron en la Cuarta enmienda, la objeción principal era que, en su creación, el presidente incumplió los requisitos de la Ley de Vigilancia de Inteligencia Extranjera (FISA, por sus siglas en inglés)<sup>5</sup>. Esta ley fue aprobada por el Congreso en 1978 a raíz de las revelaciones sobre las actividades de vigilancia de largo alcance —y, en gran medida, no controladas— de las agencias de inteligencia estadounidenses. Para hacer frente a las preocupaciones que despertó esta práctica, la FISA estableció

nuevos protocolos para la interceptación de comunicaciones electrónicas dirigidas a (o remitidas por) ciudadanos extranjeros dentro de los Estados Unidos.

Originalmente, la FISA era aplicable a cualquier vigilancia electrónica realizada por «agentes» —entendiendo por agente un «oficial o empleado» de una «potencia extranjera»— cuando se utilizara para obtener «información de inteligencia extranjera»<sup>6</sup>. La definición de «potencia extranjera» se diseñó para incluir naciones extranjeras o cualquier «grupo involucrado en el terrorismo internacional». El concepto de «información de inteligencia extranjera», a su vez, se acuñó para incluir información sobre «actividades de inteligencia clandestinas», «sabotaje», «terrorismo internacional» y «la injerencia de extranjeros en asuntos de política nacional»<sup>7</sup>. En su origen, la ley de 1978 también estipulaba que, antes de realizar cualquier vigilancia electrónica, el ejecutivo debía obtener el permiso de un tribunal especial: el Tribunal de Vigilancia de Inteligencia Extranjera (FISC, por sus siglas en inglés). Este tribunal estaba constituido por once jueces federales designados expresamente para esta función especial por el presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Cada uno de estos jueces estaba autorizado para actuar en solitario y tanto su identidad como sus procedimientos debían mantenerse en secreto. La FISA señalaba que el procedimiento establecido en ella era la única vía a través de la cual el ejecutivo podría reunir información extranjera de comunicaciones electrónicas.

Al aprobar el Programa de Vigilancia Terrorista, Bush omitió por completo el procedimiento ante el FISC, violando así la FISA. El fiscal general, Alberto Gonzales, defendió inicialmente esta estrategia esgrimiendo el argumento de que el Programa había sido aprobado por una resolución del Congreso de 18 de septiembre de 2001<sup>8</sup>. Gonzales afirmó que esta resolución, que autorizó el uso de la fuerza militar contra los responsables del 11 de septiembre, modificaba implícitamente la FISA, de modo que, a partir de ese momento, la revisión del FISC ya no era el único procedimiento para realizar la vigilancia electrónica de los agentes de Al Qaeda, considerada la «potencia extranjera» que dirigió los ataques terroristas del 11 de septiembre<sup>9</sup>.

Gonzales sostuvo que la resolución del 18 de septiembre constituía una declaración de guerra contra Al Qaeda y que, en ese entendido, la exigencia de que el presidente se sometiera a los procedimientos de la FISA interfería indebidamente con su prerrogativa constitucional de actuar como comandante en jefe de las fuerzas armadas. El artículo II de la Constitución confiere al presidente la autoridad y la responsabilidad de actuar como comandante en jefe; de acuerdo con Gonzales, este poder reconoce implícitamente la autoridad del ejecutivo para anular cualquier ley —incluida la FISA— que obstaculice indebidamente el desempeño de sus deberes como comandante en jefe. En esta línea, Gonzales afirmó que, dado que el Congreso no puede decirle al presidente cómo desplegar las fuerzas armadas, tampoco puede instruirle sobre cómo reunir la información de inteligencia necesaria para librar la guerra contra Al Qaeda.

En 2007, sin embargo, la Administración había cambiado su estrategia y decidió que ya no pasaría por alto a la FISA. Ahora Gonzales se refería al FISC en otros términos. En una carta al presidente y miembro de mayor rango de la minoría del Comité Judicial del Senado, Gonzales informaba que el 10 de enero de 2007 un juez de la FISA había emiti-

do órdenes que autorizaron ampliamente las escuchas telefónicas que se habían realizado anteriormente a través del secreto Programa de Vigilancia Terrorista. Según manifestó el propio Gonzales, el juez de la FISA emitió estas órdenes «autorizando al Gobierno a recopilar las comunicaciones internacionales realizadas dentro o fuera de los Estados Unidos en las que existiera una causa probable para creer que uno de los comunicantes era miembro o agente de Al Qaeda»<sup>10</sup>. A la luz de este giro de los acontecimientos, Gonzales señaló que ya no había necesidad de continuar con el Programa de Vigilancia Terrorista, aunque reafirmaba su convicción de que el programa era plenamente legal.

Poco tiempo después, en abril de 2007, la Administración se mostró incómoda con la estrategia anunciada solo unos meses antes. Consideró que, tal como estaba configurada entonces, la FISA no le proporcionó las herramientas adecuadas para enfrentar la amenaza del terrorismo internacional. En marzo de 2007 tuvo lugar un acontecimiento decisivo: en el contexto de la revisión de las órdenes originales de enero, un juez de la FISA dictaminó que la autorización para escuchas telefónicas según la ley tenía que basarse en un análisis particularizado de la persona sospechosa, y no en amplios motivos previamente aceptados<sup>11</sup>. Esto resultó inaceptable para el Gobierno de Bush, que más tarde recurriría al Congreso para que promulgara una nueva legislación con el fin de «modernizar» la FISA o, en otras palabras, para otorgar a las agencias de inteligencia todo el poder que, según decían, necesitaban.

El Congreso respondió favorablemente a las propuestas del Gobierno. El 5 de agosto de 2007 aprobó la llamada Ley de Protección a América<sup>12</sup>. Según sus propios términos, esta ley estaría en vigor solo durante seis meses y, de hecho, dejó de estarlo —tras una breve ampliación de su vigencia— el 16 de febrero de 2008. Posteriormente, el 10 de julio de 2008, el Congreso aprobó una ley de reemplazo. Esta ley se presentó como una enmienda a la Ley de la FISA de 1978, y se denominó Ley de Enmiendas de la FISA de 2008<sup>13</sup>. Originalmente, estaba programada para expirar a finales de 2012. Sin embargo, como era de esperar, durante la tramitación del caso *Clapper* fue renovada por otros cinco años, y en 2017 fue renovada de nuevo sin reparo alguno.

La principal innovación introducida por la Ley de Enmiendas de 2008 hacía referencia a los extranjeros ubicados en el extranjero. En sus orígenes, la FISA solo regulaba las llamadas en —o hacia— los Estados Unidos, o las llamadas dirigidas a través de los Estados Unidos. Si bien esta característica de la ley de 1978 se mantuvo, las enmiendas de 2008 redujeron, casi hasta la desaparición, los requisitos para que un juez de la FISA aprobara las interceptaciones en casos donde el objetivo de la investigación fuera un extranjero ubicado en el extranjero. En tales casos, para obtener autorización, al Gobierno le bastaba alegar que el objetivo era un ciudadano extranjero ubicado en el extranjero y que el propósito de la interceptación era la recopilación de información de inteligencia extranjera. En la práctica, no se consideraba como un dato relevante el hecho de que la otra parte en la línea fuera un ciudadano estadounidense o un ciudadano extranjero con permiso para residir en los Estados Unidos.

Adicionalmente, la Ley de Enmiendas de 2008 autorizó al FISC para otorgar permisos generales para las interceptaciones que cubrían a grupos de personas. La Ley también obli-

gó al Tribunal a actuar con prontitud (en un plazo de 30 días) y a conceder al Gobierno la solicitud de una interceptación si en ella se observaban «todos los elementos requeridos»<sup>14</sup>. En este marco, el tribunal de la FISA no estaba en condiciones de realizar ninguna investigación objetiva e independiente para analizar a fondo el cumplimiento efectivo de cada elemento requerido.

## 2. OBJECIONES CONSTITUCIONALES A LA LEY DE 2008

La demanda del caso *Clapper*, presentada inmediatamente después de la promulgación de las enmiendas a la FISA de 2008, se centraba en gran parte en el hecho de que el Congreso no había requerido al Gobierno la obtención de una orden judicial previa a la interceptación de las conversaciones telefónicas entre ciudadanos estadounidenses y extranjeros ubicados en el extranjero. Los demandantes argumentaban que, aunque reconocían que el Congreso había solicitado al Gobierno la aprobación de una orden judicial para la vigilancia electrónica, los estándares para otorgar esta autorización no cumplían los requisitos que imponía la Cuarta enmienda. Concretamente, los demandantes alegaban que, para obtener esta autorización, y a diferencia de lo dispuesto en los mandatos de la Cuarta enmienda, el Gobierno no estaba obligado a acreditar el cumplimiento del requisito de «causa probable». Durante mucho tiempo, este requisito se había interpretado como la necesidad de que el Gobierno justificara la intervención con base en una buena razón para creer que la persona cuyas llamadas debían ser interceptadas había cometido, estaba cometiendo o iba a cometer un delito.

Resolver la demanda contra la Ley de 2008 habría exigido que la Corte Suprema afrontara difíciles cuestiones constitucionales. En particular, la Corte habría tenido que determinar si el requisito de garantía de la Cuarta enmienda era aplicable a la vigilancia electrónica destinada a recopilar información de inteligencia extranjera. Esa era una cuestión que había evitado durante décadas y que fue producto de la renuencia incluso anterior de la Corte Suprema a decidir si la vigilancia electrónica dirigida a proteger la seguridad nacional requiere o no autorización previa.

En un primer momento, la Corte extendió el requisito de la Cuarta enmienda a las escuchas telefónicas y a la vigilancia electrónica en la sentencia del caso *Katz vs. Estados Unidos*, de 1967<sup>15</sup>. No obstante, la Corte fue cautelosa al redactar este fallo, precisando que en este asunto se trataba de una investigación sobre juegos de azar, es decir, sobre un delito del fuero común, y advirtiendo que en esta decisión no se estaba pronunciando sobre si, en el contexto de una investigación dirigida a proteger la seguridad nacional, se necesitaría o no una orden que cumpliera con las restricciones de la Cuarta enmienda<sup>16</sup>.

La Corte volvió a este asunto no resuelto en el llamado caso *Keith*, de 1972; un asunto que tuvo su origen en el atentado perpetrado contra una oficina de la CIA en Ann Arbor (Michigan), que se enmarcaba en el contexto de las protestas, en este caso violentas, contra la guerra de Vietnam<sup>17</sup>. El teléfono de uno de los acusados había sido intervenido sin una orden judicial. El fiscal general defendió esta acción argumentando que había investigado

una amenaza a la seguridad nacional. La Corte rechazó el argumento del fiscal general y, al hacerlo, negó que existiera una excepción al requisito de la Cuarta enmienda en las investigaciones destinadas a proteger la seguridad nacional. Sin embargo, la Corte distinguió dos tipos de amenazas a la seguridad nacional: las amenazas de carácter nacional y las amenazas extranjeras, y se cuidó de dejar claro que su fallo se aplicaba solo a la primera categoría. La Corte fue asimismo explícita al señalar que dejaba abierta la cuestión de si habría sido necesaria una orden en el caso de que el objetivo fuera la recopilación de información de inteligencia extranjera<sup>18</sup>.

En lugar de esperar a que la Corte volviera a la cuestión que quedaba pendiente en *Keith*, en 1978 el Congreso tomó la iniciativa y promulgó la FISA. Esta ley supuso un equilibrio parcial con la Cuarta enmienda: por un lado, requirió la aprobación judicial para llevar a cabo la vigilancia destinada a recopilar información de inteligencia extranjera; pero, por otro lado, no requirió el vínculo con la criminalidad exigido por la Cuarta enmienda a través del estándar conocido como «causa probable». En la práctica, para obtener autorización al Gobierno le bastaba presentar una declaración jurada que demostrara que el propósito de la vigilancia era reunir información de inteligencia extranjera y que la persona cuyas llamadas serían interceptadas era un agente de una potencia extranjera. A pesar de la leve exigencia de este estándar, la medida de 2008 no solo se basó en esa ley de 1978, sino que la extendió aún más. Las enmiendas de 2008 ampliaron los poderes de vigilancia del Gobierno en los casos en que el objetivo fuera un ciudadano extranjero ubicado en el extranjero: en tales casos, se prescindió del requisito de demostrar la calidad de «agente de una potencia extranjera» de la persona cuyas llamadas eran intervenidas.

Mientras la Corte Suprema seguía sin pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley de 1978, la tendencia de varios tribunales de circuito fue confirmar la ley siempre que el «propósito principal» de la interceptación fuera reunir información de inteligencia extranjera (en lugar de promover un proceso penal)<sup>19</sup>. Estas decisiones de tribunales inferiores propiciaron la aparición del llamado criterio del «propósito principal», una medida paliativa destinada a preservar la integridad de las reglas anunciadas por la Corte en los casos *Katz* y *Keith*. Durante décadas, esta regla fue seguida no solo por los tribunales federales inferiores, sino también por el propio poder ejecutivo.

Las cosas cambiaron después del 11 de septiembre de 2001. Con la USA Patriot Act<sup>20</sup>, adoptada originalmente poco después de esos ataques terroristas, el Congreso abandonó el criterio del propósito principal y ordenó al FISC que permitiera al Gobierno las interceptaciones siempre que el «propósito significativo» de las mismas fuera la recopilación de información de inteligencia extranjera (en oposición al criterio de «propósito principal» hasta entonces seguido en la práctica). Esta modificación jurídica comprometió las protecciones derivadas de los casos *Katz* y *Keith*, ya que para obtener la autorización de una intervención telefónica bastaba ahora con que alguno de los diversos propósitos de la misma fuera «significativo», lo que abrió la puerta a una multitud de propósitos, entre ellos la recopilación de información de inteligencia extranjera o la obtención de pruebas para un proceso penal. La definición de lo que debía entenderse por «significativo» quedaba, en cualquier caso, sin aclarar.

Además de las cuestiones sobre el requisito de la orden judicial y su aplicabilidad a las investigaciones destinadas a recopilar información de inteligencia extranjera o a proteger la seguridad nacional, el caso *Clapper* también planteó cuestiones sobre el alcance de la protección dispensada a las personas por la Cuarta enmienda. Es cierto que la Ley de 2008 redujo significativamente los estándares para obtener el permiso del FISC para una interceptación, pero también lo es que esta nueva regla se aplicó solo en los casos en que el objeto de la investigación era una persona extranjera que viviera en el extranjero. En este sentido, cabe preguntarse: ¿qué protecciones, si las hay, tienen estas personas bajo la Cuarta enmienda?

Tomando como base la posición del presidente de la Corte, William Rehnquist, en la resolución del caso *Estados Unidos vs. Verdugo-Urquidez* en 1990<sup>21</sup>, la respuesta parece evidente: ninguna. En ese caso, Rehnquist dictaminó que la persecución de un ciudadano mexicano realizada sin garantías por parte de funcionarios estadounidenses en territorio mexicano no había vulnerado la Cuarta enmienda y que, por lo tanto, las pruebas incautadas en la búsqueda podrían ser utilizadas en el juicio que tenía lugar en los Estados Unidos contra ese ciudadano mexicano. En sus alegatos, Rehnquist se había centrado en la frase introductoria de la Cuarta enmienda, que textualmente hace referencia a «el derecho del pueblo» cuando habla sobre la garantía contra las búsquedas e incautaciones no razonables. Según Rehnquist, la palabra «pueblo» aludía solo a aquellas personas con una conexión «voluntaria» con los Estados Unidos, y en tal relación comprendía de manera exclusiva a los ciudadanos estadounidenses y a los extranjeros legalmente admitidos para residir en los Estados Unidos. Según Rehnquist, la Cuarta enmienda no protegía al resto de personas.

Aunque Rehnquist afirmó que hablaba en nombre de la Corte, uno de los jueces, Anthony Kennedy, necesario para formar mayoría, emitió un voto concurrente en el que propugnó una concepción más cosmopolita de la Constitución<sup>22</sup>. A pesar de que se había adherido a la decisión mayoritaria, Kennedy insistió en que los funcionarios públicos tienen el deber de actuar siempre de manera razonable, sin importar donde actúen o en contra de quien lo hagan. En coherencia con esa afirmación, aclaró que rechazó la invocación de la Cuarta enmienda por parte de ese ciudadano mexicano no porque la persona no tuviera derechos derivados de la Cuarta enmienda, sino porque los funcionarios de los Estados Unidos habían actuado de forma razonable, respetando así el sentido de la Cuarta enmienda.

Los desarrollos posteriores solo lograron atenuar en cierta medida la rigidez de la postura de Rehnquist en *Verdugo-Urquidez*. En el caso *Boumediene vs. Bush*, de 2008<sup>23</sup>, la Corte Suprema, en esta ocasión con el juez Kennedy como ponente, concluyó que una ley federal que negaba el recurso de *habeas corpus* a ciudadanos extranjeros detenidos en Guantánamo violaba la Constitución. A simple vista, el razonamiento de Kennedy parecía basarse no tanto en el respeto a los derechos constitucionales de los presos cuanto en el respeto a la separación de poderes, insistiendo en la necesidad de preservar el papel del poder judicial en la revisión de la legalidad de las detenciones. Sin embargo, las consecuencias de *Boumediene* para los derechos de los presos de Guantánamo eran indudables: no tendría sentido defender la competencia del poder judicial para revisar la legalidad de las detenciones ejecutivas y, por lo tanto, para valorar la aplicación del *habeas corpus* sin asumir

también que los prisioneros de Guantánamo —todos los cuales eran extranjeros detenidos originalmente en el extranjero y ahora encarcelados en el extranjero— poseían, al menos, ciertos derechos constitucionales.

En última instancia, los abogados que presentaron la demanda contra *Clapper* decidieron no poner a prueba los límites de *Verdugo-Urquidez*. En su lugar, eligieron nombrar como demandantes a los ciudadanos estadounidenses que residen y trabajan en los Estados Unidos, una categoría de personas indiscutiblemente protegidas por la Cuarta enmienda. Si bien los poderes de vigilancia en cuestión se limitaban a casos en los que el objetivo de la investigación era una persona extranjera ubicada en territorio extranjero, cualquier llamada telefónica o comunicación electrónica implicaba, además de ese objetivo, la otra parte de la línea, y era perfectamente posible que este punto de la línea fuera un ciudadano estadounidense. Según la Ley de 2008, un ciudadano estadounidense no podía ser el objetivo de la investigación y, por este motivo, podría considerarse una «víctima incidental» de la interceptación; no obstante, esta clasificación era puramente técnica, y no excluía el hecho de que la interceptación de su comunicación constituyera una invasión de su derecho a la privacidad. En realidad, la información personal o privada de la «víctima incidental» era tan vulnerable como la del «objetivo» de la interceptación.

Desde el principio, la FISA trató de regular solo las interceptaciones que requerían acceso a instalaciones ubicadas en los Estados Unidos. En esa línea, diseñó un procedimiento para otorgar a la autoridad ejecutiva el acceso directo a llamadas desde y hacia los Estados Unidos, así como a llamadas entre personas ubicadas en países extranjeros, pero conectadas a través de los Estados Unidos. Durante su elaboración, los autores de la legislación original tuvieron en cuenta los riesgos que tal concesión a la autoridad suponía para los derechos de privacidad de los estadounidenses. Bajo ese entendido, exigieron que, al solicitar la autorización del FISC para una interceptación, el fiscal general declarara bajo juramento que «no habría una probabilidad sustancial de que la vigilancia afectara al contenido de cualquier comunicación en la que una de las partes fuera una persona de los Estados Unidos»<sup>24</sup> («personas de los Estados Unidos» es una categoría que incluye tanto a ciudadanos estadounidenses como a extranjeros legalmente admitidos para residir en los Estados Unidos).

No obstante, tras las modificaciones de la FISA de 2008, el fiscal general no tenía que cumplir este requisito. Solo necesitaba asegurar al juez de la FISA que existían procedimientos para «evitar la afectación intencional de cualquier comunicación en la que se tuviera conocimiento de que el remitente y todos los posibles destinatarios se encontraban en los Estados Unidos»<sup>25</sup>. La introducción del elemento de intencionalidad y el uso de la palabra «todos» (en lugar de «cualquiera» de los destinatarios) redujo considerablemente la protección de la privacidad de las personas que viven y trabajan en los Estados Unidos, incluidos los propios ciudadanos estadounidenses.

El propósito subyacente a la decisión de fijar la atención en los estadounidenses que trabajan y viven en los Estados Unidos, y no en los extranjeros ubicados en el extranjero, era evitar el reexamen del fondo del caso *Verdugo-Urquidez*. Sin embargo, esto creó una nueva dificultad derivada de otra rama de la doctrina de la Cuarta enmienda: al menos en los

procesos penales ordinarios, durante mucho tiempo ha quedado establecido que, aunque el estándar de «causa probable» debe probarse para cumplir el objetivo de la interceptación, la declaración de cualquiera de las personas involucradas en una conversación con otra parte que constituye un objetivo de una interceptación amparada por una orden judicial puede ser utilizada contra cualquiera de estas personas en un proceso penal, a pesar de que ellas no sean el objetivo de la interceptación autorizada<sup>26</sup>. En otras palabras, las llamadas «víctimas incidentales» de una escucha telefónica debidamente autorizada no están protegidas por la regla de exclusión.

Sin embargo, permanece la cuestión de si este estándar, diseñado en el contexto de un proceso penal, se aplicaría en *Clapper*, donde el problema no radicaba en la aplicación de la regla de exclusión, sino en una concesión a la autoridad; sin duda, ello representaba un peligro mucho mayor para la privacidad de aquellos ciudadanos estadounidenses cuyas llamadas podrían ser interceptadas por el Gobierno simplemente aduciendo la «teoría» de que eran víctimas incidentales de la interceptación. Siguiendo esta línea de desprotección, las enmiendas de 2008 introdujeron un cambio llamativo: el objetivo de la interceptación de la FISA, que antes tenía por objeto solo a individuos, ahora podía afectar también a amplias categorías de sujetos o a grupos de ciudadanos extranjeros, entre ellos los «afganos miembros de Al Qaeda». Las enmiendas también eliminaron la necesidad de cumplir el estándar de «causa probable» (sospecha de criminalidad) en relación con el objetivo a interceptar, contemplada en *Katz* y en *Keith*. En su lugar, el Gobierno solo tendría que aportar razones para justificar su creencia de que los objetivos eran ciudadanos extranjeros ubicados en el extranjero y de que el propósito importante de la interceptación era recopilar información de inteligencia extranjera. El umbral para lograr la autorización de una interceptación quedó drásticamente por debajo del establecido en el acto original de 1978 y, como consecuencia, las llamadas víctimas incidentales (ciudadanos estadounidenses o extranjeros que residen legalmente en los Estados Unidos y hablan con extranjeros en el extranjero) quedaron más expuestas que nunca a las escuchas de sus conversaciones privadas.

### 3. LAS VULNERACIONES DE DERECHOS DE LOS DEMANDANTES

Los demandantes, todos ciudadanos estadounidenses que residían y trabajaban en los Estados Unidos, tenían intereses profesionales que les exigían estar regularmente en contacto con personas localizadas en el Medio Oriente. Como consecuencia de la «Guerra contra el terrorismo», cada uno de estos individuos era susceptible de ser objeto de vigilancia gubernamental, vigilancia que incluía las escuchas telefónicas. Los demandantes eran investigadores de derechos humanos, periodistas y abogados. De hecho, en el momento en que se presentó la demanda, uno de los abogados representaba ante una comisión militar en Guantánamo a Khalid Sheik Mohammad, presunto autor intelectual de los ataques del 11 de septiembre.

La mayoría de las invocaciones a la Cuarta enmienda surgen en el contexto de un proceso penal en el que el acusado pretende excluir o suprimir las pruebas obtenidas mediante



la violación a la Constitución. Normalmente, tales casos no plantean ninguna duda sobre su justiciabilidad: independientemente de los argumentos sobre los que versa la reclamación, la persona que en ese contexto alega una violación a la Cuarta enmienda se considera lesionada personal y directamente y, por lo tanto, tiene legitimación activa para ejercer su derecho ante la justicia. Más allá de estos casos, también se ha invocado la Cuarta enmienda en relación con la constitucionalidad de normas que otorgan al Gobierno la autoridad para realizar ciertas prácticas de vigilancia<sup>27</sup>. En tales casos, la cuestión es si la propia concesión legal a la autoridad vulnera la Cuarta enmienda por no limitar la participación del Gobierno en la vigilancia, en contradicción con las circunstancias permitidas por la propia Cuarta enmienda.

En tales casos, los demandantes pueden solicitar que una sentencia declare inconstitucional la concesión de esa potestad. Además, como sucedió en *Clapper*, los demandantes pueden solicitar una medida cautelar que impida al Gobierno ejercer la prerrogativa que la ley le había otorgado. Esa medida cautelar suele consistir en la prohibición de cierta conducta y puede acompañarse con una implícita amenaza de sanción en caso de incumplimiento. La prohibición y la amenaza regirán desde el momento en que se emita la medida y permanecerán vigentes hasta que el juez la retire. En este sentido, la medida cautelar tiene efectos hacia el futuro; por eso, a menudo se considera un remedio de carácter prospectivo. Sin embargo, debe hacerse una distinción entre la acción que se rige por la medida cautelar y el acto supuestamente ilícito que sirve para motivar la emisión de tal medida.

El acto ilícito que constituye la base de la adopción de la medida cautelar puede ser un acto que, en el momento de presentación de la demanda, podía ocurrir en el futuro. Un ejemplo de este tipo de demanda es la que se presentó para evitar el asesinato selectivo de Anwar Al-Aulaki. Anwar era un ciudadano estadounidense que vivía y trabajaba en Yemen y que el 30 de septiembre de 2011 fue asesinado en un ataque con aviones no tripulados lanzado por los Estados Unidos. El año anterior a este ataque, Naser Al-Aulaki, el padre de Anwar, temiendo que su hijo estuviera en una «lista de ejecuciones» confeccionada por el Gobierno de los Estados Unidos, presentó una demanda ante el tribunal federal de Washington DC solicitando una medida cautelar para evitar que la ejecución de su hijo tuviera lugar en el supuesto de que efectivamente se encontrara en esa lista<sup>28</sup>. En su demanda, Naser sostenía que tal ejecución privaría de la vida a su hijo sin un juicio justo.

Aunque, como en el caso de Aulaki, el objeto de una medida cautelar puede versar sobre un daño futuro, no necesariamente tiene que ser así. A veces, el hecho ilícito podría haber ocurrido ya en el momento de solicitarse la medida. En tales casos, esta buscaría evitar la repetición del acto o erradicar los efectos de ese mal. Por ejemplo, un individuo despedido de un trabajo por motivos de raza podría solicitar una medida judicial que prohiba la reiteración de tal discriminación. Una medida de este tipo también podría ordenar a la empresa que reconozca a un trabajador su antigüedad laboral desde el momento en el que fue indebidamente despedido.

El acto que el demandante denuncia como ilegal para que sea prohibido, evitar que se repita o cese en sus efectos también podría estar teniendo lugar en el momento en que se presenta la demanda (o incluso previamente a la presentación). En tal caso, la medida

cautelar solicitada estaría tratando de frenar o restringir un error presente. Por ejemplo, imaginemos una demanda judicial presentada inmediatamente después de que un Estado promulga una ley que prohíbe los abortos. En ese caso, el acto considerado ilegal consistiría en la amenaza que enfrenta un médico si realiza un aborto, independientemente del momento en que se realice el aborto: bien inmediatamente después de la promulgación de la ley, bien en algún momento futuro.

En el caso *Clapper*, los demandantes presentaron su demanda poco después de la promulgación de la Ley de 2008 y, como en el caso del aborto, se quejaban de una ilegalidad presente. Para conseguir sus pretensiones, tendrían que demostrar que la concesión de autoridad contenida en la Ley de 2008 era inconstitucional porque autorizaba la vigilancia en condiciones menos estrictas que las establecidas en la Cuarta enmienda. Para probar que tenían legitimación en el proceso, previamente tendrían que demostrar que era probable que el Gobierno usara tal concesión y que su uso les causaría perjuicio. A la vista del trasfondo de la Ley de 2008 y sus orígenes en el Programa de Vigilancia Terrorista, no cabía duda de esta última cuestión.

El presidente Bush defendió a capa y espada la promulgación de la Ley de 2008 e insistió en que, sin esta ampliación de sus poderes, el Gobierno carecería de los medios adecuados para identificar y responder a las amenazas terroristas. Su sucesor compartió esta opinión. Como senador, Barack Obama votó a favor de la ley, y como presidente su actuación indica que él también creía que el Gobierno necesitaba los poderes otorgados por la Ley de 2008. De hecho, aun cuando el caso de *Clapper* estaba pendiente ante la Corte Suprema, la Ley de 2008 fue renovada por otros cinco años a instancias de Obama. Esto apunta a que, con toda probabilidad, seguirán utilizándose los poderes otorgados por esta ley.

Para dejarlo claro, y según se ha entendido convencionalmente, el requisito de legitimación activa no solo exige que el Gobierno haga uso de la concesión otorgada, sino también que los demandantes demuestren que esta será utilizada contra ellos. En *Clapper*, esto significaba probar, con suficiente grado de probabilidad, que el poder recién concedido se usaría para interceptar llamadas telefónicas en las que los demandantes eran parte. Es importante destacar que la conjetura (solo podemos hablar de probabilidades) que implica la comprensión de este elemento de la legitimación para la parte demandante, en el caso *Clapper*, no derivaba del hecho de que su reclamación versara sobre lo que el Gobierno podría hacer en el futuro, sino del secreto de las actuaciones del Gobierno: en términos generales, nadie podía saber si sus llamadas estaban siendo interceptadas y, como resultado, los demandantes solo podían hacer una suposición —en este caso, una suposición sólida y fundada— relativa a que si sus llamadas estaban siendo escuchadas. En tales circunstancias, todo lo que se podía exigir razonablemente a los demandantes era que demostraran que existía un riesgo sustancial de que el Gobierno interceptara algunas de sus llamadas sobre la base de los procedimientos establecidos en la Ley de 2008.

En *Clapper* parecía que este requisito se cumplía ampliamente. Las actividades profesionales de los demandantes (abogados, periodistas o investigadores de derechos humanos) se describieron con detalle en la demanda. Estas actividades requerían que los demandantes se comunicaran regularmente con personas ubicadas o localizadas en el Medio Oriente

que, se sospechaba, eran miembros de grupos terroristas, con los amigos y familiares de miembros de organizaciones terroristas, o con personas que pudieran estar familiarizadas con prácticas de reclutamiento o ataques planeados por organizaciones terroristas. Tales comunicaciones se produjeron más comúnmente por teléfono. Por lo tanto, incluso si se asumiera que los propios demandantes no eran los objetivos directos del Gobierno, las personas situadas, ubicadas o localizadas en el extranjero con quienes estaban en contacto por teléfono probablemente sí constituían objetivos de las interceptaciones aprobadas por la FISA. Como resultado, los demandantes de *Clapper* enfrentaban cotidianamente, en el contexto de sus actividades laborales, el riesgo —un riesgo sustancial— de que el Gobierno escuchara lo que decían y lo que se les decía.

Es cierto que el Gobierno puede llevar a cabo investigaciones sobre terrorismo de muchas formas, pero en ningún caso puede usar los poderes específicos otorgados por la Ley de 2008 cuando se investiga a individuos ubicados en el extranjero con quienes los demandantes, ciudadanos estadounidenses, se comunican regularmente. Sin embargo, también es cierto que, en el mundo de la vigilancia secreta, todo es posible. Cuando el poder ejecutivo impulsó la medida de 2008 y su renovación, lo hizo sobre la base de que los poderes que ya poseía eran insuficientes, y de que eran necesarios más. La insistencia del Gobierno en disponer de nuevas facultades de vigilancia debe tomarse como un indicio razonable de que los poderes que le fueron otorgados por la promulgación de la Ley de 2008 se usarían con toda probabilidad; a la vista de la particular ideología que inspira la «Guerra contra el terrorismo», con seguridad serían utilizados contra las personas con las que los demandantes hablaban habitualmente por teléfono.

En principio, el Gobierno puede procesar penalmente a una de las partes con base en una conversación telefónica interceptada bajo la concesión otorgada por la Ley de 2008, incluso si esa persona no era el objetivo original. Durante la vista oral ante la Corte Suprema, el fiscal general aseguró a los jueces que, de producirse tal caso, la fiscalía informaría al acusado de la interceptación; ante ello, cabría la posibilidad de que este solicitara el amparo de la Cuarta enmienda: si existiera fundamento para ello, la evidencia obtenida de la interceptación quedaría excluida del procedimiento. Pero el caso es que para el fiscal general fue difícil cumplir su promesa —su capacidad de control sobre los fiscales a cargo de los procedimientos en materia de seguridad pública fue menor de lo que imaginaba—<sup>29</sup>. No obstante, su argumentación ante los jueces se convirtió en la política del departamento y, en dos procesos, uno en Colorado<sup>30</sup> y otro en Oregón<sup>31</sup>, se notificó a 32 acusados que sus llamadas habían sido interceptadas conforme a las disposiciones de la Ley de 2008. En ambos casos, la validez de la Ley de 2008 se cuestionó a través de sendos recursos judiciales que pedían excluir las pruebas obtenidas en estas interceptaciones, pero tales peticiones fueron denegadas. No obstante, incluso si esas denuncias se hubieran estimado, eso no eliminaría el peligro constitucional central que plantea la Ley de 2008, ya que la Cuarta enmienda pretende proteger la privacidad de las conversaciones telefónicas, no solo el uso en un procedimiento penal de las pruebas obtenidas a través de la intervención de tales conversaciones.

Pese a todo, con frecuencia se alega la vulneración de la Cuarta enmienda para solicitar la exclusión de pruebas en juicios penales. Así, la regla de exclusión, que hace que las prue-

bas obtenidas de manera inconstitucional sean inadmisibles en el juicio, debe considerarse solo como un medio para reforzar la protección de la información privada establecida por la Constitución. A través de esta exclusión se busca negar razonablemente al Gobierno las ventajas que podría reportarle la infracción de la Cuarta enmienda, de manera que este vea reducido sus incentivos para transgredir la privacidad constitucionalmente protegida. Sin embargo, la protección otorgada por la regla de exclusión parece hacer más bien débil para garantizar la privacidad de todos aquellos periodistas, abogados y activistas estadounidenses considerados «víctimas incidentales» de escuchas ilegales dirigidas a extranjeros sospechosos de participar en actividades terroristas o de quienes tengan algún vínculo con personas consideradas terroristas.

En el momento en que presentaron la demanda, los actores temían que sus llamadas fueran o estuvieran siendo interceptadas y, en consecuencia, se vieron constreñidos a ajustar su comportamiento a esa eventualidad, es decir, tuvieron que renunciar a mantener conversaciones telefónicas o a limitarlas significativamente. La posibilidad de que una moción para suprimir los resultados de las posibles intervenciones fuera otorgada en el contexto de un proceso penal que aún no se presentaba y que, por tanto, aún no involucraba a ninguno de los demandantes, poco importaba realmente en la resolución del problema de fondo. La esencia del peligro planteado por las escuchas y la pérdida de privacidad que estas personas enfrentaban cuando presentaron su demanda y durante los cinco años que duró el proceso, abrió la vía hacia los tribunales federales. En este sentido, la hipotética protección derivada de la regla de exclusión no debería ser una razón para negarles legitimación como demandantes. En resumen, de acuerdo con el concepto tradicional de legitimación, los demandantes de *Clapper* tenían claramente derecho a una decisión sobre el fondo del asunto.

#### 4. ¿REFORMULAR EL TEST DE LEGITIMACIÓN?

En un fallo dividido (cinco contra cuatro), la Corte de *Clapper* llegó a una conclusión diferente y negó que los demandantes tuvieran legitimación. El juez Samuel Alito redactó la opinión del grupo mayoritario formado por cinco jueces. Sin embargo, incluso esta mayoría se dividió internamente: aunque los cinco estuvieron de acuerdo en desestimar la demanda por falta de legitimación, hubo desacuerdo entre ellos sobre el estándar adecuado que había que aplicar en relación con la legitimación activa.

A lo largo de gran parte del texto de su voto, el juez Alito sostuvo que los demandantes carecían de legitimación porque no establecieron que el daño en que basaban su pretensión fuera «ciertamente inminente»<sup>32</sup>. Esta fórmula, en particular la palabra «inminente», sugiere que el acto lesivo del que se quejaban los demandantes en *Clapper* era un acto que temían que ocurriera en el futuro. Pero, en realidad, ese no era el caso. En lugar de aducir la realización de un acto lesivo en el futuro, lo que preocupaba a los demandantes eran los daños que estaban experimentando en el presente debido a las prácticas de vigilancia efectivamente instituidas por el Gobierno en el momento en que se presentó la demanda.

Los demandantes se quejaban de un daño que se estaba produciendo. Estas prácticas podían continuar en el futuro o estar ya en curso, pero la preocupación de los demandantes no se refería al futuro. Más bien, dado el carácter secreto del Programa de Vigilancia, su conjetura derivaba de lo inevitable, ya que en la actualidad, y desde el momento en que demandaron, su temor radicaba en que las personas con las que hablaban regularmente eran, de hecho, objetivos de escuchas telefónicas permitidas por la Ley de 2008. Sin embargo, incluso si la reclamación de los demandantes estuviera destinada a describir un error futuro, supuesto en el que la palabra «inminente» sería apropiada, el término «ciertamente» parecería estar fuera de lugar. Como afirmó el juez Breyer en su voto disidente, nadie puede estar seguro sobre el futuro.

En cualquier caso, es dudoso que el estándar de «ciertamente inminente» del juez Alito tuviera el respaldo de la mayoría de los jueces. Al menos un juez que apoyó la desestimación de la demanda (pudo haber más) parecía no estar dispuesto a suscribir tal estándar. Esto queda en evidencia en la nota número 5 del voto de Alito, que señala: «Nuestros casos no requieren uniformemente que los demandantes demuestren que es literalmente cierto que los daños que identifiquen se producirán en el futuro»<sup>33</sup>. Hay que apuntar que la sustancia de esta nota al pie, su contenido literal, su estilo y el hecho de que el término utilizado en ella para acompañar el carácter «inminente» del daño difiere del empleado en el cuerpo de la opinión de Alito (en la cita se hace referencia al estándar incumplido como «claramente inminente», en lugar de «ciertamente inminente», que es el modo en que se utiliza a lo largo de la opinión mayoritaria). Esto puede indicar que la nota a pie de página no fue escrita por el propio Alito, sino por otro juez que insistió en que dicha cita se adjuntara a la opinión del juez Alito como condición para obtener su voto.

Después de distanciarse del estándar probatorio de «ciertamente inminente», la nota a pie de página 5 invoca lo que podría considerarse como la prueba de «riesgo sustancial», aunque con ambigüedad respecto a cuál podría ser el riesgo. En mi opinión, dado que la demanda fue presentada después de la promulgación de la ley, el riesgo que debe ser comprobado es el riesgo de que los demandantes puedan estar siendo perjudicados en ese momento. Sin embargo, la nota a pie de página habla del riesgo de que los demandantes se vean perjudicados como si lo que temieran fuera un error futuro. «En algunos casos», explica la nota, «nos encontramos ante un “riesgo sustancial” de que ocurra el daño»<sup>34</sup>. Esta versión de la prueba de «riesgo sustancial» fue la que se aplicó, y la nota a pie de página concluyó que los demandantes incumplieron ese estándar.

El significado doctrinal de la nota 5 no está claro. Como mínimo, podemos deducir de su contenido que el juez Alito carecía del apoyo de la mayoría para justificar su estándar de «ciertamente inminente» y que al menos un juez que se unió a su opinión utilizó el estándar que consideraba más adecuado: el de «riesgo sustancial» (que fue extensamente defendido por el juez Breyer en su voto disidente). Por otro lado, al aplicar el estándar de «riesgo sustancial», el juez o los jueces que insistieron en la inclusión de la nota 5 estuvieron de acuerdo con la conclusión final de Alito en cuanto a que los demandantes carecían de legitimación. No obstante, y a pesar de que la decisión no contenía ninguna explicación de por qué el riesgo del que se quejaba el demandante no era sustancial, el autor de la nota 5

se basó en los mismos dos factores que el juez Alito había utilizado para explicar por qué el daño no era «ciertamente inminente»: *i*) se consideró que el daño del que se quejaban los demandantes era demasiado atenuado, en el sentido de que para identificarlo era necesario seguir una cadena de inferencias; y *ii*) se consideró que las alegaciones de los demandantes dependían en gran medida de las especulaciones sobre las elecciones que podrían hacer actores independientes que no comparecían ante la Corte como parte del proceso. Sin embargo, desde mi punto de vista, ninguno de estos factores, ya sea considerándolos en relación con el estándar de «ciertamente inminente» o con el de «riesgo sustancial», ofrece una base adecuada para negar la legitimación a los demandantes.

El primer argumento utilizado para justificar el sobreseimiento del caso por falta de legitimación fue que los demandantes se basan en una «débil cadena de inferencias necesarias para probar su daño»<sup>35</sup>. Sin embargo, esta cadena de inferencias necesaria para mostrar el daño ocasionado a los demandantes (es decir, las llamadas telefónicas de los demandantes según los procedimientos autorizados por la Ley de Enmiendas de 2008) no es, en realidad, una cadena tan atenuada como el juez Alito o el juez o los jueces responsables de la redacción de la nota 5 pretenden hacer creer. Es cierto que la interceptación de una conversación telefónica depende de la decisión del Gobierno de utilizar los poderes que le otorga la Ley de 2008, y también lo es que, en caso de utilizarlos, lo haría de tal manera que abarcaría a las personas con las que los demandantes hablaban regularmente por teléfono. No hay nada de improbable en esta afirmación. Se basa en una comprensión concreta de la razón de ser de la Ley de 2008, de los imperativos de la «Guerra contra el terrorismo» y de las actividades profesionales de los demandantes. Aunque la «Guerra contra el terrorismo» pueda haber alcanzado el alcance global pretendido por el presidente Bush, las operaciones de Al Qaeda, el principal adversario en esa guerra, se centran en el Medio Oriente y en la región montañosa situada entre Afganistán y Pakistán. Los demandantes de *Clapper* realizaban llamadas a estas regiones con frecuencia y hablaban a menudo con personas sospechosas de tener vínculos con Al Qaeda u otras organizaciones terroristas.

El segundo argumento utilizado para negar legitimación a la parte demandante —tanto bajo el estándar de «ciertamente inminente» del juez Alito como del estándar de «riesgo sustancial» de la nota 5— fue que lo sostenido por los demandantes dependía de la «especulación sobre las “libres elecciones” tomadas por actores independientes que no formaban parte del proceso ante la Corte»<sup>36</sup>. Este argumento tampoco es convincente. Presumiblemente, con el término de «actores independientes» la Corte se refiere a los jueces de la FISA a los que, según la Ley de 2008, el Gobierno debía solicitar autorización antes de interceptar las llamadas de los demandantes. Es cierto que las llamadas de los demandantes no podían interceptarse sin la aprobación de uno de los jueces de la FISA, y también lo es que estos últimos poseen todos los poderes que el artículo III les otorga. No obstante, aunque personalmente no diría que los jueces de la FISA, o cualquier otro juez a los que se refiere el artículo III, tengan una «discrecionalidad sin restricciones», la realidad es que los jueces de la FISA tienen la autoridad suficiente como para otorgar el permiso que el Gobierno solicite. Aunque, según sus propios términos, la Ley de 2008 restringe ostensiblemente la libertad de los jueces de la FISA —en la medida en que su autorización está sujeta a la

verificación de que todos los elementos necesarios para una interceptación están presentes—, podrían declarar inválida esta restricción en virtud de la Cuarta enmienda o de la doctrina que garantiza la separación de poderes, sobre la base de que dicha restricción constituye una injerencia inadmisibles en el poder judicial.

No obstante, aunque sobre el papel los jueces de la FISA podrían decidir la aplicación de ese último argumento, las posibilidades de que lo hagan son, en la práctica, bastante remotas. Esta conclusión no se basa en simples especulaciones —reforzadas, por ejemplo, por el hecho de que los jueces de la FISA son seleccionados por el presidente— que pretenden cuestionar sin más la capacidad de los jueces federales para resistir al ejecutivo en su esfuerzo por investigar el terrorismo internacional. Más bien, se deriva de dos características esenciales del esquema FISA. La primera es que los jueces de la FISA actúan *ex parte*: solo escuchan a un lado (el lado del Gobierno)<sup>37</sup>. La segunda es que los jueces de la FISA no están obligados a cumplir las exigencias del principio de razón pública: no anuncian públicamente sus decisiones ni están obligados a motivar su decisión con argumentos de razón pública. Los jueces de la FISA no se diferencian de cualquier otro juez federal (o magistrado) que tenga dentro de sus competencias la aprobación de solicitudes de órdenes de registro. Sin embargo, el incumplimiento de las normas procesales que generalmente gobiernan el ejercicio del poder judicial hace que sea profundamente improbable que el poder constitucional que poseen los jueces de la FISA sea ejercido de tal manera que se protejan los intereses privados de los demandantes garantizados por el Cuarta enmienda.

Por estas razones, los dos argumentos —tanto la débil cadena de causalidad como el papel de los actores independientes en esta cadena— esgrimidos por el autor de la nota 5 para explicar por qué, incluso bajo la prueba de riesgo sustancial, la demanda de *Clapper* debe desestimarse por falta de legitimación no resultan lo suficientemente convincentes. Además de esto, me preocupan —y a los jueces también deberían preocuparles— las consecuencias prácticas de la aplicación del estándar, ya que esa forma de aplicarlo privaría en la práctica a la Ley de 2008 de cualquier revisión judicial. En el cuerpo de su opinión, el juez Alito intenta abordar esta contingencia, pues parece ser consciente de que la consecuencia práctica de aislar la Ley de 2008 de revisión judicial es más que evidente bajo su estándar de «ciertamente inminente». El uso de los términos empleados en la aplicación del estándar por el juez Alito, particularmente la elección del término «ciertamente» como parte imprescindible del estándar, apunta a que su aplicación generará inevitablemente ese perverso efecto.

Con el fin de hacerse cargo de esta objeción, Alito aludió a varios escenarios en los que, según sostenía, sí podría realizarse una revisión judicial de la Ley: una sentencia constitucional de un juez de la FISA ante una solicitud de autorización del Gobierno para interceptar un teléfono, una sentencia de un juez federal que ordenase la exclusión probatoria del contenido de la interceptación cuando una de las partes de la conversación interceptada sea procesada penalmente, o un procedimiento ante el tribunal de la FISA cuando un proveedor de servicios de comunicación electrónica se opusiera a una orden que autoriza el acceso a sus instalaciones. Sin embargo, aunque todos estos escenarios imaginarios son posibles, podrían darse solo en circunstancias muy excepcionales; incluso si algún día

tuvieran lugar, la Ley de 2008 ya habría afectado a los demandantes o a quienes tuvieran legitimación para demandar. El temor fundado de que sus conversaciones telefónicas sean interceptadas llevaría a los afectados a ser excesivamente cautelosos o tal vez decidirían renunciar por completo a las conversaciones telefónicas y organizar sus vidas de manera tal que sus conversaciones fueran solo en persona.

Después de tratar de minimizar el riesgo de que la resolución de la Corte, con su estándar de «ciertamente inminente», privara a la Ley de 2008 de revisión judicial, el juez Alito expresó su indiferencia ante esa posibilidad. Alito sostuvo que incluso si reconociera que la desestimación de la demanda tuviera el efecto de impedir la revisión judicial de la Ley de 2008, esa consecuencia no tendría relevancia legal, ya que «asumir que si los demandantes no tienen legitimación para demandar nadie la tendrá, no es un motivo para reconocerles legitimación»<sup>38</sup>.

Es verdad que, en el plano puramente técnico, el juez Alito tiene razón: tener legitimación, según la doctrina tradicional, es un requisito estrictamente jurídico. Sin embargo, las consecuencias prácticas que se derivan de la decisión redactada por él constituyen una buena razón para analizar los pasos del razonamiento que le guió —tanto el criterio elegido para la analizar el requisito de legitimación como la forma en que fue aplicado—. En este sentido, el juez Alito debería mostrarse preocupado, y no indiferente, por las posibles consecuencias prácticas del criterio que aplica, así como por la decisión de desestimar la demanda por una supuesta falta de legitimación.

¿Qué podría justificar tal indiferencia? Alito presentó la aplicación restrictiva del requisito de legitimación como una cuestión de respeto al principio de separación de poderes. Según Alito, la separación de poderes exige que el poder judicial sea cauteloso y no se entrometa en los otros poderes del Estado. Tal lectura considera la separación de poderes como un principio «negativo», que se traduce en una restricción para el poder judicial. Desde esta perspectiva, un fallo que tiene el efecto de privar a la Ley de 2008 de revisión judicial concuerda con lo que el juez Alito considera el principal requisito de la separación de poderes: que el poder judicial deje en paz a los otros poderes del Estado. Esta coincidencia es la que puede explicar su indiferencia ante la consecuencia práctica de su fallo o, particularmente, puede explicar en gran medida la aplicación de su estándar de «ciertamente inminente».

Pero al asumir ese punto de vista, el juez Alito ignoró las cruciales dimensiones «positivas» de la doctrina sobre el principio de separación de poderes. La separación de poderes no solo sirve para preservar los límites entre los tres poderes del Estado, es decir, evitar que uno usurpe la función de otro. Este principio también cumple una función positiva: asegurar que cada poder realice la función que le corresponde. De tal manera que, si bien el poder judicial no debe usurpar las funciones de los otros poderes, es igualmente importante que el poder judicial cumpla con su deber asignado, a saber, proteger y salvaguardar la Constitución y determinar si la acción de los otros poderes se realiza de acuerdo con la ley y la Constitución. Por lo tanto, diría que un fallo que tiene el efecto práctico de privar a una ley de revisión judicial colisiona con el cumplimiento del propio deber judicial y debe verse, en consecuencia, con escepticismo.



El énfasis del juez Alito en las dimensiones negativas de la separación de poderes y su disposición a optar por una determinada regla de legitimación que tendría el efecto de dejar a las enmiendas a la FISA de 2008 sin posibilidad de revisión judicial también puede ser un reflejo de la deferencia que el poder judicial ha mostrado tradicionalmente hacia los otros poderes políticos en aquellos asuntos relativos a la seguridad nacional. De hecho, poco después de dictaminar que el requisito de legitimación impide que el proceso judicial usurpe funciones de los poderes políticos, Alito declaró: «A menudo hemos encontrado falta de legitimación en los casos en que se ha solicitado al poder judicial que revise las acciones de los poderes políticos en materia de recopilación de inteligencia y de asuntos exteriores».

Tras esta declaración, Alito citó tres casos de principios de la década de 1970 presentados al mismo tiempo que el caso *Keith* y que fueron desestimados por falta de legitimación. El primero tenía que ver con el cuestionamiento de una ley que bloqueó la revisión por el Congreso de los gastos de la CIA<sup>39</sup>; el segundo trataba sobre un programa de recopilación de inteligencia del ejército<sup>40</sup>; y el tercero cuestionaba la práctica de permitir que los miembros del Congreso pudieran servir en la reserva de las fuerzas armadas<sup>41</sup>. En realidad, en ninguno de estos casos se intentó aplicar el estándar de «ciertamente inminente» defendido por el juez Alito (esa fórmula deriva de un caso en el que un preso impugnó la pena de muerte que debía imponérsele a un compañero en prisión)<sup>42</sup>. Por otra parte, tampoco en ninguno de estos casos se sugirió que debiera aplicarse un requisito más exigente o más estricto a los casos que involucraran la recopilación de información sobre inteligencia o asuntos exteriores. El juez Alito es cuidadoso al elegir las palabras: utiliza la expresión «a menudo» como si simplemente estuviera describiendo una práctica. Analizando bien sus términos, sin embargo, el mensaje transmitido pretende ser prescriptivo: es como si Alito estuviera anunciando un precedente que, en lo sucesivo, debería regir en la Corte para evaluar su posición en asuntos de seguridad nacional. De hecho, este anuncio, que apunta a un reforzamiento del nivel de legitimación exigido a los demandantes en los casos de seguridad nacional, bien podría ser el punto clave de *Clapper*.

En muchas situaciones, nos hemos acostumbrado a pedir al poder judicial que se contenga al revisar el trabajo que los otros poderes desarrollan en materia de seguridad nacional. De acuerdo con esta práctica familiar, en el conflicto entre libertad y seguridad el poder judicial debería mostrar cierta deferencia por el equilibrio proporcionado por los poderes políticos. Pero Alito define el ámbito de la debida deferencia de manera un poco diferente: entiende que la «recopilación de información de inteligencia» y los «asuntos extranjeros» son materias distintas a la seguridad nacional<sup>43</sup>. En la práctica, esa diferencia se vuelve casi imperceptible. En cualquier caso, lo cierto es que la exigencia de respeto hacia los otros poderes puede contrarrestarse, o al menos atenuarse, mediante una comprensión de las dimensiones positivas de la doctrina de separación de poderes tan fuertemente reivindicada en el caso *Boumediene contra Bush*<sup>44</sup>. Como muestra este caso, si bien puede ser responsabilidad de los poderes políticos determinar la naturaleza y la magnitud de cierta amenaza que enfrenta la nación y especificar la respuesta adecuada a esa amenaza, es responsabilidad del poder judicial determinar si el curso de acción elegido por el poder político es conforme con la Constitución.

Al trazar su curso de acción, los poderes legislativo y ejecutivo deben tomar inevitablemente en consideración su conformidad con la Constitución, ya que, como los miembros del Congreso y el presidente sobradamente saben, sus acciones están limitadas por los términos en que su autoridad es concedida y por los principios de competencia contenidos en la Constitución. La facultad del poder judicial para cuestionar los actos de los poderes políticos sobre la base de su adecuación a la Constitución no deriva de ninguna pericia moral que posean las personas que ejercen el poder judicial. En el ámbito moral, las facultades del poder judicial no difieren en ningún aspecto significativo de las de quienes sirven en el Congreso o trabajan en la Casa Blanca. La facultad del poder judicial de revisar las decisiones de los poderes políticos sobre cuestiones jurídicas se deriva, más bien, del hecho de que, en el ejercicio de este poder extraordinario, los jueces están limitados por las restricciones de la razón pública: deben enfrentar las demandas que, de otro modo, preferirían ignorar; deben escuchar a todas las personas agraviadas; deben mantenerse al margen de las coyunturas políticas; y deben exponer sus decisiones en público, justificando sus decisiones con argumentos razonables<sup>45</sup>. La adhesión a las restricciones del principio de razón pública faculta al poder judicial para revisar un acto o decisión con base en el principio de legalidad al que debe sujetarse la acción de los poderes políticos y, bajo nuestro esquema de gobierno, esta facultad se ha convertido en una responsabilidad.

Cuando, en el ámbito de la seguridad nacional, la Corte se remite a la decisión de los poderes políticos sobre una cuestión constitucional, está incumpliendo su deber de revisión judicial. Cuando aplica un estándar de legitimación más estricto para resolver casos de seguridad nacional y luego se desestima la demanda por falta de su cumplimiento, la Corte podría estar cometiendo el mismo error. De hecho, creo que el error es mucho más grave, ya que la Corte desestima la demanda sin considerar el fondo de la reclamación. Este resultado no solo frustra y decepciona a los demandantes, sino que, lo que es más importante aún, contribuye al deterioro del sistema político, pues la Corte se niega a abordar la cuestión de Derecho en disputa: la cuestión de si la Ley de enmiendas de 2008 viola la Cuarta enmienda. Se está eximiendo así de cualquier responsabilidad a los poderes políticos por el funcionamiento de la ley o por la infracción de la Constitución que esta ley podría suponer. Al actuar de ese modo, la Corte puede estar protegiendo su influencia en ciertos círculos, incluidos aquellos interesados en preservar el llamado capital político de la Corte, que podría estimarse necesario para otros fines<sup>46</sup>. Sin embargo, este objetivo nunca debe alcanzarse a expensas de no asumir (y ejercer) su responsabilidad. Una responsabilidad que tiene una larga tradición y que es fundamental incluso en tiempos de guerra: someter a los poderes políticos a la ley.

Traducción: Jose Antonio García Sáez

## NOTAS

1. Aunque el término requisito de legitimación («standing» en inglés) aparece por primera vez en las decisiones de la Corte Suprema a principios del siglo XX, este tiene sus raíces en preocupaciones tan antiguas como la propia Constitución (Ho y Ross, 2010: 591).

2. 133 S Ct 1138 (2013).
3. El término «niveles de legitimación» («tiers of standing» en inglés) fue acuñado por Julie Verloff en mi seminario de primavera de 2013 sobre Derecho y terrorismo.
4. Risen y Lichtblau (2005).
5. Pub L No 95-511, 92 Stat 1783, 50 USC ch 36.
6. 92 Stat at 1783-84, § 101 (a) - (b).
7. *Íd.* at § 101(b) (2), 92 Stat 1784..
8. Autorización para el Uso de la Fuerza Militar (AUMF por sus siglas en inglés) (Pub L 107-40, 115 Stat. 224, 2001).
9. Consúltese la Prueba ante el Comité Judicial, el Senado de EE. UU., el Poder Ejecutivo de Guerra y el Organismo de Vigilancia de la Agencia de Seguridad Nacional (109a Cong., 2ª sesión, 2006: 10-15).
10. Consúltese la carta del fiscal general Alberto R. Gonzales a los Senadores Patrick Leahy y Arlen Specter, de 17 de enero de 2007.
11. Isikoff (2007).
12. Protect America Act, Pub L No 110-155, 121 Stat 552, codified at 50 USC §§ 1801, 1803, 1805.
13. Pub L No 110-261, 122 Stat 2436, codified at 50 USC § 1881a.
14. Pub L No 110-261, 122 Stat 2436, 2444, codified at 50 USC § 1881a (a) (i) (3) (A).
15. 389 US 347 (1967).
16. *Íd.* at 358 n 23.
17. *United States vs. United States District Court*, 407 US 297 (1972).
18. *Íd.* at 308.
19. *Vid.*, por ejemplo, *States vs. Pelton*, 835 F2d 1067, 1075-76 (4th Cir 1987); *United States vs. Badia*, 827 F2d 1458, 1464 (11th Cir 1987); *United States vs. Megahey*, 553 F Supp 1180 (E D NY 1982), *aff'd* under name *United States vs. Duggan*, 743 F2d 59 (2d Cir 1984).
20. Pub L No 107-56, 115 Stat 272 (2001). Se ha dejado el nombre de la ley en el inglés original, puesto que así ha sido conocida también en contextos hispanohablantes [N. del T.].
21. 494 US 259 (1990).
22. *Íd.* at 275.
23. 553 US 723 (2008).
24. Pub L No 95-511, 92 Stat 1783, at 1787, § 102 (a) (1) (B).
25. Pub L No 110-261, 122 Stat 2439, § 702(d) (1) (B), codified at 50 USC § 1881a (d) (1) (B).
26. *Vid.*, por ejemplo, *United States vs. Perillo*, 333 F Supp 914, 919-21 (D Del 1971), citando a *Alderman vs. United States*, 394 US 165, 175 n 10 (1969) (en estas decisiones se consideró constitucional el uso por parte del Gobierno de conversaciones derivadas de la vigilancia de un objetivo específico y un tercero en un proceso penal posterior llevado contra ese tercero, donde la vigilancia de la que se obtu-

vieron las conversaciones se realizó de conformidad con una orden que solo aplicaba para el objetivo de la vigilancia, no para terceros). *Vid.*, además, *United States vs. Kahn*, 415 US 143, 157 (1974) (en esta decisión se sostuvo que la interceptación por parte del Gobierno de llamadas incriminatorias a la esposa de un objetivo de vigilancia, y el uso posterior de esas llamadas en un proceso penal contra la esposa, no violaron la Cuarta enmienda a pesar de que el gobierno no había establecido una causa probable que justificara la vigilancia con respecto a la esposa antes de comenzar la vigilancia).

27. *Vid.*, por ejemplo, *Berger vs. State of N.Y.*, 388 US 41 (1967).

28. *Al-Aulaqi vs. Panetta*, 35 F Supp 3d 56 (D DC 2014).

29. Savage (2013).

30. Este caso involucró una notificación previa al juicio a una persona acusada de proporcionar apoyo material a un grupo terrorista con sede en Uzbekistán. Orden de Denegación de Moción para Suprimir Evidencia Obtenida o Derivada de acuerdo con las Leyes de Enmiendas la FISA o para Descubrimiento, No l: 12-cr-00033-JLK (D Colo, 19 de noviembre de 2015).

31. En este caso, un estudiante de la Universidad de Oregon fue condenado por intentar usar un arma de destrucción masiva. *Estados Unidos vs. Mohamud*, 941 F Supp 2d 1303 (D Or 2013). Meses después de su condena, el acusado fue puesto conocimiento de que la información obtenida o derivada de la FISA tradicional podría haber sido aumentada o agravada por la información recopilada según las disposiciones de la Ley de 2008. Notificación Suplementaria a la FISA del Gobierno, Estados Unidos contra Mohamud, No 3: 10-CR-00475-KI (D o, 19 de noviembre de 2013). El fallo que niega la moción se presenta en Opinion and Order, *Estados Unidos vs. Mohamud*, No 3: 10-CR-00475-KI (D Or, 19 de marzo de 2014).

En un tercer caso que involucraba a un individuo acusado de brindar apoyo material a una organización terrorista, el Gobierno proporcionó la notificación requerida después de que el acusado se hubiera declarado culpable, pero Loretta Lynch, entonces fiscal federal para el Distrito Este de Nueva York, arguyendo la teoría de que el acusado había renunciado a su derecho de apelación al declararse culpable, denegó a esta persona la oportunidad de retirar su declaración de culpabilidad o de atacar su condena de otro modo. Carta de Loretta E. Lynch, fiscal de los Estados Unidos, a Agron Hasbajrami, de 24 de febrero de 2014. Para obtener más información sobre estos casos, consúltese Donohue (2005).

32. Por ejemplo, *Clapper vs. Amnesty Int'l USA*, 133 S Ct 1138, 1143 (2013) (citación interna omitida).

33. En su totalidad, la nota a pie de página dice lo siguiente: «Our cases do not uniformly require plaintiffs to demonstrate that it is literally certain that the harms they identify will come about. In some instances, we have found standing based on a “substantial risk” that the harm will occur, which may prompt plaintiffs to reasonably incur costs to mitigate or avoid that harm». *Monsanto Co. vs. Geertson Seed Farms*, 561 US 139, ---, 130 S.Ct. 2743, 2754-2755, 177 L.Ed.2d 461 (2010). *Vid. Pennell vs. City of San Jose*, 485 US 1, 8, 108 S.Ct. 849, 99 L.Ed.2d 1 (1988); *Blum vs. Yaretsky*, 457 US 991, 1000-1001, 102 S.Ct. 2777, 73 L.Ed.2d 534 (1982); *Babbitt vs. Farm Workers*, 442 US 289, 298, 99 S Ct 2301, 60 L.Ed.2d 895 (1979). But to the extent that the “substantial risk” standard is relevant and is distinct from the “clearly impending” requirement, respondents fall short of even that standard, in light of the attenuated chain of inferences necessary to find harm here. See supra, at 1148-1150. In addition, plaintiffs bear the burden of pleading and proving concrete facts showing that the defendant’s actual action has caused the substantial risk of harm. Plaintiffs cannot rely on speculation about “the unfettered choices made by independent actors not before the court”. *Defenders of Wildlife*, 504 US, at 562, 112 S.Ct. 2130. *Clapper vs. Amnesty Int'l USA*, 133 S Ct 1138, 1150 n 5 (2013)».

34. *Íd.*

35. *Íd.*

36. *Íd.*

37. Dos años después del caso *Clapper*, se promulgó una nueva legislación que autorizaba a los jueces de la FISA a designar a expertos en libertades civiles como *amici curiae* con el fin de articular «argumentos legales para promover la protección de la privacidad individual y las libertades civiles». Ley de Monitoreo de 2015 (Ley de Libertad de los Estados Unidos), Pub L No 114-23, 129 Stat 268, § 401 (4) (C).

38. 133 S Ct 1138, 1154 (2013), citando a *Valley Forge Christian Coll. vs. Americans United for Separation of Church & State, Inc.*, 454 US 464, 489 (1982).

39. *United States vs. Richardson*, 418 US 166 (1974).

40. *Laird vs. Tatum*, 408 US 1 (1972).

41. *Schlesinger vs. Reservists Comm. to Stop the War*, 418 US 208 (1974).

42. *Whitmore vs. Arkansas*, 495 US 149 (1990).

43. *Clapper vs. Amnesty Int'l USA*, 133 S Ct 138, 1147 (2013).

44. *Boumediene vs. Bush*, 553 US 723 (2008).

45. Para obtener más información sobre el papel de la razón pública y el papel judicial, *vid.* Fiss (2003).

46. *Vid.*, por ejemplo, la famosa disidencia del juez Robert Jackson en *Korematsu vs. Estados Unidos*, 323 US 214, 248 (1944) (Jackson, J., disidente); y Bickel (1962).

## BIBLIOGRAFÍA

BICKEL, Alexander M. (1962): *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, Indianapolis: Bobbs-Merrill.

K. DONOHUE, Laura K. (2015): «Section 702 and the Collection of International Telephone and Internet Content», *Harv J L & Pub Pol*, 117, 251 n 565.

FISS, Owen M. (2003): *The law as it could be*, Nueva York: New York University Press.

GUNTHER, Gerald (1972): «Foreword: in search of evolving doctrine on a changing Court: a model for a newer equal protection», *Harvard Law Review*, 86 (1), 1.

HO, Daniel E. y Erica L. ROSS (2010): «Did liberal justices invent the standing doctrine? An empirical study of the evolution of standing, 1921-2006», *Stanford Law Review*, 62 (3), 591.

ISIKOFF, Michael (2007): «Terror Watch: Behind the Surveillance Debate», *Newsweek*, July 31.

RISEN, James y Eric LICHTBLAU (2005): «Bush Lets U.S. Spy on Callers Without Courts», *New York Times*, Dec. 16.

SAVAGE, Charlie (2013): «Door May Open for Challenge to Secret Wiretaps», *New York Times*, Oct. 17.

**Fecha de recepción: 2 de octubre de 2018.**

**Fecha de aceptación: 8 de noviembre de 2018.**

# SOBRE LA CERTEZA Y EL ERROR DE TIPO OBJETIVAMENTE INVENCIBLE ON CERTAINTY AND THE UNAVOIDABLE MISTAKE ABOUT AN ELEMENT OF THE CRIME

*José Antonio Ramos Vázquez*

*Profesor contratado doctor de Derecho penal  
Universidade da Coruña*

## RESUMEN

El error es uno de esos conceptos cuyo significado muchas veces se da por supuesto en la doctrina penal cuando, en realidad, dista mucho de poder ser definido pacíficamente. En este trabajo se analiza, desde la perspectiva de la filosofía del lenguaje y la epistemología, el significado de «certeza» y «error» para, acto seguido, extraer algunas consecuencias a la hora de interpretar la regulación del error prevista en el art. 14 del Código Penal. Por último, se analiza si es posible hablar, como ha hecho algún autor, de un error objetivamente invencible sobre el tipo.

## PALABRAS CLAVE

Derecho penal, filosofía del lenguaje, filosofía de la ciencia, epistemología, error de tipo.

## ABSTRACT

Mistake' is just one of those concepts whose meaning is often taken for granted by many scholars. Nevertheless, that meaning is far from being clear. In this paper, the Author discuss from the perspective of the philosophy of language and epistemology, the meaning of «certainty» and «mistake». Then, some consequences are drawn in order to interpret the criminal defence of mistake in the Spanish Penal Code. In the last part of the paper, the Author analyses if it is possible to speak of an objectively unavoidable mistake about an element of the crime.

## KEY WORDS

Criminal Law, philosophy of language, philosophy of science, epistemology, mistake of fact defence.

# SOBRE LA CERTEZA Y EL ERROR DE TIPO OBJETIVAMENTE INVENCIBLE

José Antonio Ramos Vázquez

Profesor contratado doctor de Derecho penal  
Universidade da Coruña

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Dos precisiones preliminares. 3. La urgencia y la grandeza del tema del error. 4. Sobre la certeza: planteamiento. 5. Sobre la certeza: nudo. 6. Sobre la certeza: desenlace. 7. Algunas implicaciones para (no solo) el error *penal*. 8. Sobre el error de tipo objetivamente invencible. 9. *Nullius addictus iurare in verba magistri*. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

En su magnífica monografía, recientemente publicada, sobre el error en la teoría jurídica del delito, mi maestro, el profesor Martínez-Buján, afirma lo siguiente: «Cuando el error sobre el tipo sea *objetivamente invencible*» (las cursivas, tanto en este fragmento como en los posteriores, son suyas) no cabrá afirmar ya la *predecibilidad* general: en el momento de realización de la conducta no resulta objetivamente predecible que vaya a desarrollarse el nexo causal que desemboque en el resultado. [...] Faltará ya, pues, en todo caso, la causalidad (o imputación objetiva) y consiguientemente no existe ya una acción relevante para el Derecho penal, al no cumplirse la primera pretensión de validez de la norma penal, la pretensión de relevancia (Martínez-Buján, 2017: 19).

El objetivo de este trabajo no es rebatir las tesis centrales de la mencionada monografía (la mayoría de las cuales comparto), sino tan solo la que acaba de transcribirse (que es, a su vez, compartida por muchos otros compañeros) y utilizarla para reflexionar sobre distintas cuestiones vinculadas con la idea de *error* y su hermana siamesa: la idea de *certeza*.

Como es natural, dicha pretensión no implica, ni mucho menos, abordar en su integridad todos los temas presentes en el ordenamiento jurídico-penal que están conectados con dichas nociones (pues, lejos de lo que pueda parecer, no solo la regulación del error —art. 14 del Código Penal—, sino también otras muchas categorías penales, están vinculadas de un modo u otro a la idea de *certeza*). Pretendo, más bien, llamar la atención del lector sobre la profundidad de los interrogantes a los que nos vemos abocados si indagamos en el significado de *error* (máxime cuando se le adjetiva como *objetivamente invencible*).

## 2. DOS PRECISIONES PRELIMINARES

Antes de entrar en materia, es importante destacar dos cosas para situar en sus justos términos la posición de Martínez-Buján.

La primera es que, por más que dicho autor utilice profusamente la terminología vencible/invencible a lo largo de la obra arriba citada, lo cierto es que él mismo pone de relieve al comienzo de su monografía que «de conformidad con los postulados de la concepción *significativa* (en concreto con la *gramática* de la *intención subjetiva*, concebida como compromiso del sujeto de llevar a cabo la acción y la vulneración del bien jurídico), tal terminología no resulta en rigor adecuada porque nunca podremos penetrar en la mente del agente para averiguar si le habría resultado factible vencer o no vencer el error. Consecuentemente, sería preferible recurrir a otra terminología, como, *v. gr.*, la de error *censurable* y error *no censurable*, usada por Vives Antón en diversos seminarios y conferencias» (Martínez-Buján, 2017: 17, n. 7).

Esta afirmación, por supuesto, matiza lo expresado en el primer fragmento y, dicho sea por adelantado, está en la línea de las reflexiones que realizaré sobre el propio concepto de *error*. No obstante, veremos hasta qué punto puede cohonestarse esta idea de *censurabilidad* con la hipótesis de un error *objetivamente* invencible (o, si se quiere, cómo puede conjugarse la idea de error censurable con la de un error que impide «afirmar la *predecibilidad* general»).

En segundo lugar, la mención realizada por Martínez-Buján a Vives Antón es fundamental para situar el fragmento de su monografía que motiva estas páginas. En efecto, en él se hace referencia a «la primera pretensión de validez de la norma penal, la pretensión de relevancia», lo que debe ser explicado a la luz de lo expuesto por Vives Antón en su obra *Fundamentos del sistema penal*.

Seguramente, el lector no necesita ninguna presentación de dicha obra, pero quizás sí (si está habituado a las sistemáticas habituales) un brevísimo apunte sobre esa «primera pretensión de validez de la norma penal, la pretensión de relevancia» a la que Vives Antón alude al final de la primera edición de su obra (final de la primera parte, en la segunda edición).

En efecto, Vives Antón indica en ella que una sistemática adecuada debe partir de las pretensiones de validez de la norma; *in primis*, de la de validez. Por tanto, un primer estadio de análisis del delito es el que exige comprobar si ha tenido lugar una acción de las que al Derecho penal interesan, lo cual implica verificar, en primer lugar, si dicha acción puede ser entendida conforme a alguno de los tipos de acción previstos en la legislación penal y, en segundo lugar, si dicha acción ha resultado lesiva, en el sentido de que haya revestido el carácter peligroso o lesivo que llevó al legislador a aparejar una pena a su realización.

De este modo, esta pretensión es epistémica —dado que tiene por objeto la afirmación de que una acción dada es penalmente relevante— y estaría constituida por dos subpretensiones: una pretensión de inteligibilidad y una pretensión de ofensividad (Vives Antón, 2011: 491).



Es esta, por tanto, la clase de relevancia que Martínez-Buján afirma que quedaría excluida en caso de que se diese un error objetivamente invencible sobre el tipo: la acción no sería encuadrable en alguno de los tipos de acción penados por el legislador o no revestiría la lesividad que condujo a dicha penalización.

Habría, en mi opinión, mucho que decir sobre la recepción que la doctrina ha hecho de la obra de Vives Antón, tanto por defecto (al no haber recibido la atención que, por su importancia y originalidad, en mi opinión merecía) como por exceso (al haberle otorgado algunos autores a su propuesta de estructuración sistemática un carácter *constitutivo* del que, a mi juicio, carece, dado que no se trata de sustituir una dogmática por otra, sino de poner en tela de juicio la idea misma de dogmática). No obstante, como señalaba antes, aquí me detendré, pues solo pretendía centrar al lector en las implicaciones sistemáticas que Martínez-Buján encuentra en la concurrencia de un error objetivamente invencible sobre el tipo, ya que el auténtico objetivo de este trabajo es analizar qué pueda significar esa *invencibilidad objetiva*.

### 3. LA URGENCIA Y LA GRANDEZA DEL TEMA DEL ERROR

Señala Padilla Gálvez que «el problema de la verdad es, generalmente, tratado con urgencia» (Padilla Gálvez, 2007:9). Otro tanto podría decirse del tratamiento de su problema gemelo, el del error, por la doctrina penal.

No me refiero, por descontado, a que no se aborden en profundidad los efectos que, *ex artículo 14 del Código penal*, ciertos errores tienen en la responsabilidad criminal, cuestión que, lógicamente, ha generado una ingente cantidad de bibliografía, sino a que, por lo general, se da por supuesto qué es un *error*.

En efecto, un repaso a los trabajos que la doctrina española ha dedicado en los últimos 20 años al tema del error revela que, en la mayoría de las ocasiones, se parte de la base de que el lector sabe perfectamente lo que *es* un error. De este modo, o se explica directamente la regulación del Código Penal (obviando toda definición) o se utiliza una definición puramente *penal* (vinculando la idea de error con el desconocimiento de los «elementos objetivos del tipo» o la «significación antijurídica de la conducta») o, en fin, se da una definición meramente *operativa*, acudiendo, mayoritariamente, al cliché de la «falsa representación de la realidad» o, sin más, a la definición de la Real Academia Española de la Lengua.

Son pocos, por tanto, los autores que se paran a ofrecer alguna disquisición sobre el concepto de error, normalmente realizada con suma urgencia. Así, por poner un ejemplo, Díaz y García Conlledo, indica que «una definición amplia de error sería aquella según la cual existe error cuando el conocimiento del sujeto y la realidad no coinciden, de manera que existe un conocimiento y falta la realidad a la que cree referirse; o existe, al revés, una realidad que no se conoce. Es decir, que esta discrepancia entre la realidad objetiva y el conocimiento puede deberse a que el sujeto no tiene representación alguna de la realidad (ignorancia, error negativo) o a que tiene una representación falsa de la realidad (equivo-

cación, error positivo)» (Díaz y García Conlledo, 2008: 140). Acto seguido, en una nutridísima nota a pie de página, el autor matiza dicha «definición amplia», incluyendo una alusión al problema de la existencia de una «realidad objetiva», con multitud de referencias bibliográficas, todas ellas de penalistas.

Que la doctrina soslaye el problema de la definición de *error* y que cuando entra en él lo haga autorreferencialmente revela, a mi juicio, la necesidad de que los estudiosos del Derecho penal —y, en particular, aquellos que consideran su tarea un elevado ejemplo de reflexión teórica— acudan a la filosofía, si no para encontrar todas las respuestas, al menos sí para cobrar conciencia de la insuficiencia de las suyas. O, por decirlo de otro modo, para percatarse de hasta qué punto abordan solo la superficie de problemas tan cruciales que, planteados en serio, suscitan muchos más interrogantes que los detectados por el radar de la dogmática penal al uso.

En suma, como señalaba antes, el problema del error es, ante todo, el problema de la verdad. Y este, cuando no se plantea (como hace la práctica totalidad de la doctrina penal), sencillamente se convierte en un axioma o, lo que es lo mismo, en un problema que se entierra en la obviada.

Por ello, conviene tratar el tema del error con la seriedad y la precaución que demanda una cuestión que entronca con aspectos básicos de la filosofía. Es decir, tratarlo con detenimiento y no con urgencia, dado que, como señala el propio Padilla Gálvez en la obra antes mencionada, «el problema de la verdad posee a su vez cierta grandeza y puede demostrarnos asimismo las propias miserias de quien lo aborda. Cuando no se esboza ninguna pregunta acerca de la verdad, no da respuestas, sino que todo parecen ser evidencias insalvables; si preguntamos pedantescamente acerca de la verdad, respondemos torpemente; si se la examina desde alguna de las preferencias filosóficas propuestas, argumenta según cada uno de los sistemas epistemológicos presupuestos. El problema de la verdad es el mejor espejo en el que se reflejan todos nuestros modelos metodológicos, generando, así, ciertas aberraciones subrepticias» (Padilla Gálvez, 2007: 21).

#### 4. SOBRE LA CERTEZA: PLANTEAMIENTO

A fin de evitar tales aberraciones metodológicas, dejaré claro desde el inicio que parto del paradigma wittgensteiniano, con las matizaciones que posteriormente pondré de relieve.

Las razones de esta elección son varias. En primer lugar, lógicamente, considero que es paradigma más adecuado para abordar esta clase de problemáticas: ayuda a replantearlas y, en último término, a disolverlas. En segundo lugar, sigue resultándome sorprendente que, si se toma en serio la idea de elaborar un edificio conceptual sólido, la doctrina penal pretenda hacerlo de espaldas a una de las corrientes filosóficas más influyentes de las últimas décadas. Por ello, considero importante mostrar hasta qué punto dicho paradigma puede ser una herramienta valiosísima en los sempiternos problemas penales. En tercer y último

lugar, tengo la impresión de que la aportación clave a la epistemología que llevó a cabo Wittgenstein —sobre todo en sus últimos años— se ha visto oscurecida incluso dentro de la propia disciplina filosófica. En este sentido, me parece importante seguir explorando la senda que sus reflexiones epistemológicas han abierto, pues conducen a un estimulante escenario que no merece ser menospreciado y, sobre todo, porque, como señala Broncano, «la cuestión de la objetividad sigue estando ahí fuera, como la excavadora de la película de Fellini» (Broncano, 2003: 83).

Dicho lo anterior, preliminarmente podemos acudir a la somera síntesis que Kenny ha hecho de los postulados de Wittgenstein sobre la duda y la certeza, los cuales dicho autor agrupa del siguiente modo (Kenny, <sup>2</sup>1984: 21):

i) La duda necesita fundamentos.

ii) La duda debe consistir en algo más que en la formulación verbal de la duda.

iii) La duda presupone el dominio de un determinado juego de lenguaje (sobre este concepto clave de «juego de lenguaje», remito al lector a la nota bibliográfica final).

iv) Una duda que se plantee fuera de un juego de lenguaje o que venga referida a un juego de lenguaje en su conjunto carece de sentido.

v) La duda presupone certeza.

La primera de las tesis que extrae Kenny de Wittgenstein se repite incesantemente a lo largo de *Sobre la certeza*. Por ejemplo, en uno de los primeros párrafos que componen dicha obra, Wittgenstein afirma: «¿Qué sucede con una proposición del tipo de “sé que tengo un cerebro”? ¿Puedo ponerla en duda? ¡Me faltan razones para la duda! Todo habla a su favor, nada en contra de ella» (Wittgenstein, <sup>2</sup>1999: 2c). Por consiguiente, la mera imaginabilidad de *no-p* no es base para dudar de que *p*, ya que, como más adelante nos dirá Wittgenstein, «se duda por razones bien precisas» (Wittgenstein, <sup>2</sup>1999: 60c).

La segunda tesis —la duda debe consistir en algo—, quiere decir que hay dudas que, en la práctica, se mostrarían irrelevantes. Indica Wittgenstein a título de ejemplo que los seres humanos creemos que los objetos —*v. gr.* una mesa— no desaparecen cuando no los miramos: «Sin embargo, si alguien lo pone en duda, ¿cómo se habría de manifestar en la práctica su duda? Y ¿no sería posible dejarlo dudar tranquilamente dado que no hay ninguna diferencia?» (Wittgenstein, <sup>2</sup>1999: 18c). Más adelante, apunta algo que entroncará con la tercera tesis que Kenny extrae de las reflexiones wittgensteinianas sobre la certeza: «¿En qué habría de consistir dudar ahora de que tengo dos manos? [...] ¿Qué creería si no creyera eso? No tengo ningún sistema dentro del que pudiera darse tal duda» (Wittgenstein, <sup>2</sup>1999: 33c).

La duda, por tanto, no aparece aisladamente, como un ente flotante en el *Begriffshimmel*, sino enmarcada en un juego de lenguaje. Wittgenstein lo expresa por primera vez de la siguiente manera: «La pregunta del idealista podría formularse, más o menos, del siguiente modo: ¿qué derecho tengo a no dudar de la existencia de mis manos? (y la respuesta a ella no puede ser: “sé que existen”). Pero quien hace tal pregunta se olvida de que la duda sobre la existencia solo tiene lugar en un juego de lenguaje. En vez de comprenderla sin más,

deberíamos preguntarnos antes: ¿cómo sería una duda de semejante tipo?» (Wittgenstein, <sup>2</sup>1999: 5c).

La duda solo tiene sentido, por tanto, cuando se asienta dentro del juego de lenguaje adecuado. Por este camino llegamos a uno de los puntos fundamentales de la obra de Wittgenstein: «Quien quisiera dudar de todo, ni siquiera llegaría a dudar. El mismo juego de la duda presupone ya la certeza» (Wittgenstein, <sup>2</sup>1999: 18c).

En efecto, una duda que dudase de todo no sería propiamente una duda: «Wittgenstein nos invita a imaginar un estudiante que no deja que su profesor le explique nada porque constantemente le interrumpe con dudas acerca de la existencia de cosas, del significado de las palabras, etc. La impaciencia del profesor está justificada, porque la duda del alumno es hueca: no ha aprendido cómo plantear cuestiones, no ha aprendido el juego que se le está enseñando» (Kenny, <sup>2</sup>1984:182).

No dudar de *todo* constituye, por tanto, la forma que tenemos de juzgar y, en último término, de actuar. Y nuestro hablar, conviene tenerlo siempre presente, cobra sentido a través del resto de nuestra actuación pues, para Wittgenstein, es parte de una actividad comunal, un modo de existencia humana en sociedad, una forma de vida: el lenguaje es, en suma, una más de las actividades del hombre y solo puede ser comprendida si se observa cómo se entrelaza con todas las demás, conformando un todo complejo y dinámico. En definitiva, «el lenguaje es considerado por Wittgenstein desde una perspectiva pragmática, como una actividad social regida por reglas que se diversifica en un conjunto plural y abierto de juegos de lenguaje» (Marrades Millet, 1993: 98) y, por consiguiente, la certeza, como señala King Dávalos, «involucra un tipo de normatividad implícita en el hacer cotidiano de una comunidad en un contexto histórico y social determinado» (King Dávalos, 2013: 33).

Todo lo expuesto pone el foco en la duda y en el escepticismo, pero aún queda lo más importante: percatarnos de que la duda (*toda* duda) presupone certeza (*ciertas* certezas).

## 5. SOBRE LA CERTEZA: NUDO

En efecto, una duda sin término —nos dice Wittgenstein— no es ni siquiera una duda. Y el hecho de que podamos dudar conlleva la existencia de certezas. Pero, asumido esto, ¿de qué no podemos, entonces, dudar?

Wittgenstein señala que no podemos dudar de lo que queramos porque el hombre razonable no tiene ciertas dudas (Wittgenstein, <sup>2</sup>1999: 29c). Por esta razón, el filósofo austriaco señala que existen ciertas proposiciones que gozan de un estatus especial, proposiciones que aceptamos sin una comprobación especial, en la medida en que dichas proposiciones ocupan un lugar privilegiado en el sistema de nuestras proposiciones. «¿Por qué estoy tan seguro de que eso es mi mano? —señala Wittgenstein— ¿No descansa el conjunto del juego de lenguaje sobre este tipo de seguridad? O ¿no está (ya) presupuesta esta seguridad en el juego de lenguaje? Es decir, en el hecho de que *quien* no reconoce los objetos con seguridad no juega, o juega mal» (Wittgenstein, <sup>2</sup>1999: 58c, cursiva mía).

En conclusión, toda duda descansa sobre el hecho de que algunas proposiciones están fuera de toda duda, al ser, ni más ni menos, los ejes sobre los que nuestras preguntas y nuestras dudas giran.

Esto último no debe confundirnos: no se trata de verdades trascendentales ni de evidencias objetivas; «su carácter no es el de base inamovible sino, más bien, el de *nódulo temporal de significado*» (Muñoz Sánchez, 2015: 37-38), en el sentido de que son certezas móviles, temporales, no universales y —esto es fundamental— interdependientes entre sí y en su relación con nuestro lenguaje y nuestras formas de vida.

A este respecto Wittgenstein escribe en los párrafos 94 y siguientes de *Sobre la certeza*:

«94. Pero no tengo mi imagen del mundo porque me haya convencido a mí mismo de que sea la correcta; ni tampoco porque esté convencido de su corrección. Por el contrario, se trata del trasfondo que me viene dado y sobre el que distingo entre lo verdadero y lo falso.

95. Las proposiciones que describen esta imagen del mundo podrían pertenecer a una suerte de mitología. Su función es semejante a la de las reglas del juego, y el juego también puede aprenderse de un modo puramente práctico, sin necesidad de reglas explícitas.

96. Podríamos imaginar que algunas proposiciones, que tienen la forma de proposiciones empíricas, se solidifican y funcionan como un canal para las proposiciones empíricas que no están solidificadas y fluyen; y también que esta relación cambia con el tiempo, de modo que las proposiciones que fluyen se solidifican y las sólidas se fluidifican.

97. La mitología puede convertirse de nuevo en algo fluido, el lecho del río de los pensamientos puede desplazarse. Pero distingo entre la agitación del agua en el lecho del río y el desplazamiento de este último, por mucho que no haya una distinción precisa entre una cosa y la otra» (Wittgenstein, <sup>2</sup>1999: 15c).

Así pues, hay un conjunto de certezas que aceptamos sin más, y las aceptamos en el conjunto que conforman, constituyendo una suerte de estructura que provee un entramado para el resto de nuestras creencias. El papel que juegan no es el de base sino el de red, una red gracias a la cual podemos evaluar otras creencias, «de modo que no se trata de pensar un sistema de creencias que se sostiene sobre la base de un conjunto de proposiciones indubitables —recuerdo ahora la famosa metáfora sellarsiana de la *tortuga* sosteniendo un *elefante*—. Más bien, tenemos que entender que [...] son ajenas a la lógica misma de la evaluación epistémica. Y no están sujetas a evaluación epistémica porque constituyen la estructura que permite la evaluación epistémica» (Muñoz Sánchez, 2015: 39, cursiva de la autora).

La idea de sistema es, en este sentido, fundamental: «[...] no son los axiomas aislados los que nos parecen evidentes —dice Wittgenstein—, sino todo un sistema cuyas consecuencias y premisas se sostienen *recíprocamente*» (Wittgenstein, <sup>2</sup>1999: 21c., cursiva del autor). Y «cualquier prueba, cualquier confirmación y refutación de una hipótesis, ya tiene lugar en el seno de un sistema. Y tal sistema no es un punto de partida más o menos arbitrario y dudoso de nuestros argumentos, sino que pertenece a la esencia de lo que denomi-

namos una argumentación. El sistema no es el punto de partida, sino el elemento vital de los argumentos» (Wittgenstein, <sup>2</sup>1999: 16c).

Pero no solo constituyen un sistema estas certezas corporizadas en contextos, sino también la duda. «Mis dudas —señala Wittgenstein en este sentido— constituyen un sistema» (Wittgenstein, <sup>2</sup>1999: 19c).

Por de pronto, todo ello supone como resume King Dávalos, que «no pueden contar como razón de las certezas:

1. Ni las imágenes del mundo, porque estas cambian históricamente y no son ni verdaderas ni falsas;

2. Ni la experiencia, porque esta no nos enseña cómo hacer juicios ni cómo dar razones.

3. Ni las reglas, pues estas no son suficientes para fijar las prácticas mediante las cuales se adquieren las certezas de una comunidad de hablantes.

4. Ni la evidencia empírica, porque no puedo asegurar que esté efectivamente de acuerdo “con el mundo de los hechos”, ni que la toda la evidencia acumulada en los libros de ciencia contemporáneos sea en efecto verdadera.

5. Conclusión 1: por lo tanto, no hay argumento alguno capaz de ofrecer razones más seguras que nuestras certezas.

6. Conclusión 2: por lo tanto, las certezas no son conocimiento» (King Dávalos, 2013: 49-50).

Esto supone también, lógicamente, que no haya «ninguna descripción del mundo —ni la del sentido común ni la de la ciencia ni ninguna otra— que pueda aspirar a ser correcta en sentido absoluto» (Vives, <sup>2</sup>2011: 958). Y, por descontado, que la duda y el error han de repensarse desde una óptica que no parta de la existencia de una única descripción del mundo correcta o una *realidad en sí, objetiva* o como queramos calificarla.

## 6. SOBRE LA CERTEZA: DESENLACE

«El intelectual postfilosófico de Rorty es irónico porque no se da cuenta de que la verdad no es todo aquello que él habría querido que fuera. La ironía depende esencialmente de una especie de *nostalgie de la verité*» (Williams, 1996: 365, n. 51).

Ciertamente, la verdad, desde la perspectiva que he bosquejado en las páginas anteriores, no es, en absoluto, todo lo que querríamos que fuese. Por ello, como sugiere Habermas, conviene hacer un uso *cautelar* del predicado *verdadero* en el que *verdad* no sea un concepto epistémico, sino pragmático (Habermas, 2002: 49-50) y la racionalidad deje de estar dogmáticamente vinculada a la lógica, es decir, conviene pasar del pensamiento estático-estructural del fundamentalismo lógicamente cerrado al pensamiento dinámico y abierto de los juegos de lenguaje.

Sin duda, esto puede causar auténtico vértigo: «[...] lo difícil —dice Wittgenstein— es percibir la falta de fundamentos de nuestra creencia» (Wittgenstein, <sup>2</sup>1999: 24c). Y es que, desde su perspectiva, «en el fundamento de la creencia bien fundamentada se encuentra [ni más ni menos que] la creencia sin fundamentos» (Wittgenstein, <sup>2</sup>1999: 19c). Eso es todo. Cualquier cadena de razones tiene un fin (si no lo tuviese, no podría constituir una justificación) y la seguridad con la que actuamos o con la que aceptamos ciertas cosas muestra sencillamente cómo pensamos y cómo vivimos.

Pero si el fundamento no es verdadero ni falso (Wittgenstein, <sup>2</sup>1999: 28c), sino que el límite a la justificación es sencillamente nuestra actuación en el marco de nuestras prácticas lingüísticas, el problema de la búsqueda de la verdad y su acreditación se parece decisivamente (¿cómo no!) a un proceso, al campo de batalla argumental y persuasivo en que el jurista (y no lo calificaré como *práctico* porque «jurista teórico» es una *contradictio in adiecto*) se mueve.

El propio Wittgenstein se remite en más de una ocasión a la idea del tribunal, pero, como sagazmente apunta Vives Antón, «no al tribunal de Dios, ni al tribunal de la razón (al que tan a menudo y con tan magra respuesta apelan los filósofos); sino a los jueces y tribunales reales, que sentencian en los litigios en la ciudad secular. Con ello, desde el problema “filosófico” de la verdad nos conduce al problema *real* de lo que es y no es *verdadero*, esto es, de cómo usamos en la vida ordinaria esa expresión y de cómo deberíamos usarla» (Vives Antón, <sup>2</sup>2011: 959, cursiva del autor).

A uno de esos tribunales reales que muchos filósofos (y quizás también muchos dogmáticos) tildarían de prosaicos y que, en realidad, son los únicos que existen, se refiere Wittgenstein, por ejemplo, en el parágrafo 607 de *Sobre la certeza* en estos términos: «El juez podría decir, incluso, “eso es la verdad —hasta donde un ser humano puede saberla—”. Pero ¿de qué serviría esta cláusula añadida? (*beyond all reasonable doubt*)» (Wittgenstein, <sup>2</sup>1999: 80c, último inciso en inglés en el original). Ciertamente, como responde Vives Antón, «solo querría decir que eso es lo que *nosotros* los hombres, que, aunque pretendemos otra cosa, solo hablamos en nombre nuestro, podemos llamar *verdad*» (Vives, <sup>2</sup>2011: 960, cursiva del autor).

## 7. ALGUNAS IMPLICACIONES PARA (NO SOLO) EL ERROR PENAL

Todas las anteriores consideraciones tienen, a mi juicio, indudables consecuencias en materia de error, entendido este desde la perspectiva *penal* (que no es sino uno de los muchos ámbitos *prácticos* en los que el ser humano vive su día a día). Por ello, es hora de recapitular y retomar el objeto de este trabajo.

En las anteriores páginas he argumentado, en primer lugar, que, desde la perspectiva que asumo, la veracidad de ciertas afirmaciones (en ciertos contextos) pertenece a nuestro marco de referencia y no tiene sentido dudar de ellas (ni afirmar que lo que enuncian *se*

sabe). O, dicho de otro modo, «en determinadas circunstancias, algunas proposiciones que parecen hablar de hechos solo hablan del lenguaje» (Vives Antón, <sup>2</sup>2011: 957).

Esas afirmaciones, que componen el trasfondo sobre el que justificamos y aseveramos, no son, a su vez, justificables ni demostrables, pues están presupuestas en todo momento y constituyen el límite de nuestras justificaciones. Y ello, como afirma Gallardo, tiene indudables consecuencias en materia de error: «[...] para Wittgenstein la relación de interdependencia de los conceptos saber y dudar es del todo “compatible” con la de los conceptos error y acierto. En la utilización del concepto de error (es decir, para que este sea inteligible) debe existir un “fondo fijo” de creencias que se esté dispuesto a dar por sentado, de lo contrario, el concepto mismo de error carecería de sentido, pues si todas las creencias estuviesen equivocadas, ¿en qué consistiría el error? En otras palabras: solo es posible hablar de “errores” allí donde existe un contexto general (un fondo fijo) que establece un criterio de corrección para ciertos enunciados (los enunciados epistémicos). Las proposiciones básicas del marco de referencia constituirían este “fondo”, por ello, es un sinsentido hablar de error en lo que respecta a ellas. Esto sería, en último caso, como hablar del error allí donde no hay espacio para los usos adecuados y correctos de ciertas expresiones» (Gallardo, 2011: 94).

Es decir: hay afirmaciones sobre las que no cabe dudar (o sobre las que no cabe error), pues constituyen nuestro marco de referencia, una suerte de *mitología* que da sentido a nuestro hablar y a nuestro actuar. Al que sostiene afirmaciones que la contradicen no se le puede entender o se le toma, sencillamente, por un loco (Wittgenstein, <sup>2</sup>1999: 23c).

De hecho, «la expresión “aquí no hay error” o “aquí no hay nada como una duda”, se introduce para trazar un límite entre las afirmaciones que funcionan como descripciones y las que sirven como punto de apoyo o fundamento para esas descripciones» (Chica Pérez, 2015: 153-154). Partiendo de esta base, una primera conclusión sería que existe, por así decirlo, un *límite superior* del error: de quien afirma algo que contradice frontalmente ese *background* de certezas sobre el que construimos nuestras afirmaciones «esto es verdad» y «esto no es cierto» no puede decirse, en puridad, que esté en un error. A lo sumo, no creemos que lo diga en serio o lo tomaremos por un loco.

Con esto no estoy en absoluto tomando posición sobre el viejo debate acerca de la relación entre la categoría dogmática del error y la de la inimputabilidad, que requeriría un estudio más pormenorizado de las diversas posiciones doctrinales y jurisprudenciales —estudio que excede los propósitos de este trabajo—, pero sí me gustaría plantear hasta qué punto podemos considerar que alguien que, *v. gr.*, mata a otro creyendo que es la reencarnación del Mal actúa bajo error. Y con la expresión «podemos considerar» quiero indicar «podemos decir», esto es: ¿diríamos que esa persona estaba *equivocada*?

No me encuentro en disposición de poder contestar categóricamente a esta pregunta, pues hay muchos factores a tener en cuenta para hacerlo, entre ellos la capacidad de los sujetos para dar razones de su creencia y el grado en que estas creencias componen un *sistema* establecido opuesto en todo o en parte a otro sistema de creencias (por no decir a otra *forma de vida*). Por ejemplo, muchas religiones (sistemas de creencias por antonomasia)



creen en la posesión demoníaca. ¿Hay alguna diferencia entre el hecho de que una persona mate a otra en un contexto en el que se dan las circunstancias que, según su religión, una persona está endemoniada y el hecho de que una persona mate a otra por creer que es un extraterrestre que lo quiere abducir? ¿Cuál/es de ello/s actúa/n bajo error?

En mi opinión, si utilizamos una óptica de filosofía del lenguaje, el uso del concepto *error* deja de tener sentido cuando quien actúa lo hace bajo una creencia que se opone frontalmente a la de aquellas certezas que estructuran la comprensión del mundo que tiene nuestra comunidad social. Ciertamente, no son tantas esas situaciones (y, dicho sea de paso, también resulta problemático concebirlas a todas como situaciones de inimputabilidad), pero a mi juicio sí podemos circunscribir el término *error* a su significado en la medida en que está emparentado con las nociones de saber, aportar razones y persuadir.

En efecto, por poner otro ejemplo, ¿diríamos que *yerra* quien tiene relaciones sexuales con un menor de corta edad creyendo que es un adulto que, a voluntad, puede transformar su cuerpo en el de un niño? ¿Intentaríamos razonar con él y aducir argumentos frente a su afirmación? ¿Y si nos explicase detalladamente las condiciones bajo las que esa transformación se produce, pistas para saber si un niño es tal niño o solo un adulto revestido de su apariencia, etc.? ¿Continuaríamos *razonando* con él para sacarlo de su *error*? Hay, creo, un punto en el que abandonaríamos esa empresa; personalmente, no diría que esa persona está en un error. No, evidentemente, porque esté en lo cierto, sino, sencillamente, porque ninguno de los dos está dispuesto a aceptar las razones del otro.

Un punto de vista similar adopta Wittgenstein en los párrafos 608 y siguientes de *Sobre la certeza*, donde señala lo siguiente:

«608. ¿Es incorrecto que guíe mi conducta por las proposiciones del físico? ¿He de decir que no tengo ninguna buena razón para ello? ¿No es precisamente eso lo que denominamos *una buena razón*?

609. Supongamos que encontramos algunas personas que no lo consideran una razón concluyente. ¿Cómo nos lo deberíamos imaginar? En lugar del físico, consultan al oráculo. (Es por eso por lo que los consideramos primitivos). ¿Es incorrecto que consulten al oráculo y se dejen guiar por él? —Si decimos que es “incorrecto”, ¿no partimos de nuestro juego de lenguaje para *combatir* el suyo?

610. Y ¿tenemos o no derecho a combatirlo? Por supuesto, apoyaríamos nuestra manera de actuar en todo tipo de frases hechas.

611. Cuando lo que se enfrenta realmente son dos principios irreconciliables, sus partidarios se declaran mutuamente locos y herejes.

612. He dicho que “combatiría” al otro —pero ¿no le daría razones? Sin duda; pero ¿hasta dónde llegaríamos? Más allá de las razones, está la persuasión» (Wittgenstein, <sup>2</sup>1999: 80c y 81c).

Por ello, en segundo lugar, una vez excluidos aquellos *errores* que, por no ser en absoluto conciliables con nuestras certezas básicas, caen fuera del propio juego del lenguaje del error (y del dar y recibir razones), existen situaciones que excluyen, salvo circunstancias

anómalas, la posibilidad de error por ser este poco razonable. Es decir, podemos tener por cierto no solo aquello cuyo cuestionamiento dinamitaría nuestro modo de ver el mundo, sino también aquello respecto a lo que no es razonable dudar (aunque subsista la —siempre anómala— posibilidad de error).

Como resume Vives Antón, «Wittgenstein ofrece abundantes ejemplos que ilustran lo que con la exclusión de toda duda razonable se quiere decir. Junto a todos los casos en que la duda es imposible —se trata de aquellos que yacen en el fondo de nuestra imagen del mundo o de aquellos otros en que la duda comporta una contradicción—, puede afirmarse que no es *razonable* dudar de las evidencias científicas, ni de la corrección de un cálculo repetidamente comprobado [...], ni de los enunciados que expresan experiencias inmediatas, ni de las afirmaciones que se infieren de cualquiera de tales premisas de forma cerrada, unívoca, inatacable» (Vives Antón, <sup>2</sup>2011: 961).

Evidentemente, no hay una frontera nítida entre todas estas categorías y Wittgenstein alude, una vez más, a la idea de unos «jueces ilustres» a los que podría encargárseles la tarea de dilucidar qué dudas son razonables y cuáles no (Wittgenstein, <sup>2</sup>1999: 59c).

Ilustres o no, lo cierto es que los jueces tienen que tomar una decisión sobre las alegaciones de error y, en mi opinión, el mejor eje sobre el que hacer gravitar la decisión es justamente la *razonabilidad*. El primer motivo, como intenté justificar antes, es que la absoluta *irrazonabilidad* de una creencia la sitúa fuera del debate sobre el error, puesto que (segundo motivo) es el juego de dar y recibir razones el que subyace a las nociones de saber, creer y errar.

En este sentido, el núcleo del problema del error es que el *saber* está vinculado con la posibilidad de dar razones, transformándose en una cuestión más práctica que epistémica. Como ha señalado Habermas, «la cuestión relativa a la relación interna entre justificación y verdad —que explica por qué a la luz de las evidencias disponibles podemos plantear una pretensión de verdad que apunta más allá de aquello que está justificado— no es una cuestión epistemológica. No trata del ser o de la apariencia. Lo que está en juego no es la representación correcta de la realidad, sino una práctica que no puede quebrarse» (Habermas, 2002: 240). El trasfondo de esta práctica, como señalaba antes, lo constituyen una serie de afirmaciones indubitadas e incuestionables y su dinámica de juego estriba en ofrecer razones, de modo que *saber* se utiliza cuando se está en condiciones de ofrecer razones apropiadas.

Pero, y esto es importante, también la duda está sujeta a razones. Es decir, ni se puede dudar de todo ni se puede dudar por cualquier razón: las expresiones de duda y el escepticismo no pueden entrar en el juego de dar y pedir razones sin una motivación, pues devendrían incoherentes. Si a ello se suma que, como expresivamente dice Wittgenstein, «no soy yo quien decide lo que es una razón convincente para algo» (Wittgenstein, <sup>2</sup>1999: 35c), es decir, que es la comunidad social de hablantes la que acepta o deja de aceptar ciertas razones y no los individuos que están convencidos de algo, nos encontramos con que el error está sujeto a una *aceptabilidad contextual*. Lo que es razonable creer, dudar o decir que es cierto depende del contexto de actuación de la persona, dicho esto en el sentido de

que solo aceptamos algo como cierto, una duda como legítima o un error como razonable si se dan las circunstancias que entendemos necesarias para ello.

Por ello, en mi opinión, quedarían fuera del error penalmente relevante aquellas creencias —por más subjetivamente profundas que puedan ser— que muevan al sujeto a actuar, pero de las que no sepa dar razón alguna (o alguna razón que sea intersubjetivamente aceptable). Como sucedía con los errores de *visión del mundo* a los que antes aludía, al alegar esta clase de error el sujeto se sitúa fuera del propio juego de lenguaje pues este, como procuré argumentar arriba, se basa precisamente en la aportación de razones. La única diferencia entre ambas clases de error es que el primero implica, en cierto modo, una confrontación entre dos *formas de vida*, dos concepciones del mundo, mientras que, en el segundo caso, el sujeto afirma algo que, sencillamente, no puede sustentar (de hecho, en los dos sentidos del verbo *poder*: ni es *capaz* de sostenerlo ni *puede* creer algo semejante).

Por ejemplo, imaginémos a una persona que, sin mediar palabra, golpea a otra en la cola de un supermercado. Alega que ha actuado bajo error, pues creía que el agredido le iba a atacar. Si le preguntamos qué razones le han llevado a creer semejante cosa y nos da respuestas que, de hecho, no son las razones que aceptamos como válidas para caer en un error (por ejemplo, «vi un destello de maldad en sus ojos», «me di cuenta de que solo tenía en su carrito de la compra objetos contundentes y pensé que los utilizaría para atacarme», etc.), aparte de la mayor o menor perplejidad que nos pueda suscitar o de la sospecha de enfermedad mental que podría afectar al sujeto alegante (al igual que sucedía con las creencias ya no *irrazonables*, sino totalmente *irracionales*), creo que nadie estaría dispuesto a aplicar el artículo 14 de nuestro Código Penal, ni siquiera aunque una eventual grabación de la cámara de seguridad del supermercado nos lo muestre, efectivamente, actuando *como si* creyese genuinamente que estaba siendo atacado.

Aunque no hay una frontera bien nítida entre los errores no conciliables con nuestro modo de concebir el mundo y estos a que los me refero ahora (pues pueden resultarnos tan ininteligibles o más, puesto que, por lo demás, el sujeto no afirma nada que, de hecho, contradiga nuestra realidad en su conjunto), el resultado, a mi juicio, sí es igual de claro: no es un error, faltan las razones para ello. Falta lo que lo deviene *acceptable como error* desde nuestros parámetros.

Una muestra de que mi hipótesis al respecto bien pueda ser correcta la encontramos, en mi opinión, en uno de los *leading cases* que rigen la materia del error en el *Common Law* de Inglaterra y Gales: la sentencia *Regina vs. Gladstone Williams* (1983). En ella, se dirime la apelación de una persona (el mencionado Gladstone Williams) que agredió a otra al creer que esta estaba, a su vez, atacando a un tercero (lo que era incierto). Fue condenado porque el jurado consideró que su error carecía de una base razonable y apeló alegando que su error podría, efectivamente, no ser razonable, pero que, en todo caso, la cuestión no era esa, sino que debería haberse examinado si su error era *honesto*, es decir, si lo creía sinceramente.

Lo cierto es que, hasta esa época, los tribunales venían aplicando, efectivamente, el estándar del error *razonable*, pero, en este caso, la England and Wales Court of Appeal dio la razón a Gladstone Williams, señalando lo siguiente: «The reasonableness or unreasonable-

ness of the defendant's belief is material to the question of whether the belief was held by the defendant at all. If the belief was in fact held, its unreasonableness, so far as guilt or innocence is concerned, is neither here nor there. It is irrelevant». La conclusión, por tanto, fue que «even if the jury come to the conclusion that the mistake was an unreasonable one, if the defendant may genuinely have been labouring under it, he is entitled to rely upon it».

Soy perfectamente consciente de que este viraje hacia la idea del error entendido como error estrictamente subjetivo —es decir, basado en una creencia sostenida *honestamente*, por más que carente de base razonable— se circunscribe en este caso a la legítima defensa putativa y está conectado con el problema de la *mens rea*. Y también soy consciente de que, así planteada la cuestión del error, entra en contradicción con lo que sostengo sobre la necesidad de que exista una base razonable para la creencia equivocada (que es, a su vez, *grosso modo*, lo que sostenía la vieja doctrina del *Common Law*). No obstante, hay un pasaje de la sentencia *Regina vs. Gladstone Williams* que me parece particularmente revelador y que, de algún modo, *reconecta* con mi posición al respecto.

En efecto, tras haber llegado a la conclusión de que la razonabilidad del error es irrelevante a los efectos juzgados y de que basta con que el sujeto lo haya creído sinceramente como cierto, el ponente, Lord Lane, indica: «If however the defendant's alleged belief was mistaken and if the mistake was an unreasonable one, that may be a peaceful reason for coming to the conclusion that the belief was not honestly held and should be rejected». En suma, no es relevante si el error estaba basado en razones o no. Pero si no lo estaba, si la creencia alegada carece absolutamente de razones que la sostengan, el jurado es libre de considerar que el sujeto en realidad no actuó bajo error, al no ser sincera su creencia. Es decir, lisa y llanamente, el jurado puede considerar que el alegante no *podía* estar creyendo tal cosa y que está, consecuentemente, mintiendo.

Sin ánimo, insisto, de llevar a cabo un análisis pormenorizado de una cuestión atinente a un ordenamiento con sus propias claves interpretativas (y en el que el error tiene un ámbito mucho más limitado que en el nuestro), lo cierto es que el caso resume paradójicamente bien la conexión inevitable entre error y capacidad de dar razones. Incluso una afirmación tajante como la de que la razonabilidad del error es irrelevante viene acompañada por el reconocimiento de que cierto nivel de *irrazonabilidad* es una más que buena razón para rechazar una alegación. Y esto es tanto como reconocer que no estamos dispuestos a aceptar que una persona pueda *realmente* creer ciertas cosas sin sólidas razones para ello. Por tanto, incluso un ordenamiento que excluye expresamente —en ciertos ámbitos— la idea del error razonable acaba negando no solo los eventuales efectos jurídicos de ciertos errores no razonables, sino —incluso— la propia existencia de estos.

Creo que de todo lo anterior se colige claramente que, al igual que Martínez-Buján, considero mejorable la dicción legal del artículo 14 de nuestro Código penal en lo que concierne a la distinción entre error *vencible* e *invencible*, por cuanto engañosa pueda ser respecto a qué ha de valorarse en una alegación de error.

Asimismo, creo que, partiendo siempre de mis premisas, se llega a una conclusión que puede parecer sorprendente: el desplazamiento, por así decirlo, de la cesura radical desde el eje *cierto/incierto* al eje *razones/no razones*. Es decir: usualmente se entiende que, si existe

una separación lógica (*ontológica*, incluso, se llega a decir) en este ámbito, se da entre lo que es verdad y lo que no lo es. Se trataría de dos compartimentos estancos, de dos mundos distintos: la verdad y el error. Y esto es perfectamente coherente con una perspectiva llamémosle *racionalista* (y con la idea de que *hay* una realidad y que la verificación se realiza contrastando cualquier proposición con lo que *de hecho* se da en aquella). En cambio, desde mi perspectiva, el juego del lenguaje de *certeza* y de *error* es exactamente el mismo. Como he intentado argumentar, ambas ideas se nutren del juego de dar y pedir razones. Solo aquellas certezas que componen el trasfondo de nuestros propios juegos de lenguaje y nuestra forma de vida (nuestra concepción del mundo, en pocas palabras) quedan fuera del juego, con las consecuencias que antes apuntaba.

No hay, por tanto, una ruptura *ontológica* entre la verdad y el error, sino que se trata, más bien, de un *continuum* fluido de hechos, comprensiones de estos, razones que justifican o no una certeza (o un error), persuasiones, etc. que se dan en el marco de una serie de certezas presupuestas. Por eso, como señala Wittgenstein: «Uno dice “yo sé” allí donde podría dudar, mientras los filósofos dicen que sabemos algo directamente donde no hay dudas; y, de este modo, donde las palabras “yo sé” son superfluas como introducción a la afirmación» (Wittgenstein, 1996: 137).

Todo ello, creo, me lleva finalmente a considerar críticamente la idea del «error sobre el tipo *objetivamente invencible*» sostenida por Martínez-Buján.

## 8. SOBRE EL ERROR DE TIPO OBJETIVAMENTE INVENCIBLE

Al comienzo de este trabajo señalaba que el punto de partida de estas reflexiones era la siguiente afirmación de Martínez-Buján: «[...] no cabrá afirmar ya la *predecibilidad* general: en el momento de realización de la conducta no resulta objetivamente predecible que se vaya a desarrollar el nexo causal que desemboque en el resultado. [...] Faltará ya, pues, en todo caso, la causalidad (o imputación objetiva) y consiguientemente no existe ya una acción relevante para el Derecho penal, al no cumplirse la primera pretensión de validez de la norma penal, la pretensión de relevancia» (Martínez-Buján, 2017:19). Pues bien, dicha afirmación me parece problemática por varias razones.

La primera, y no menor, es que suscita un problema epistémico bastante evidente. En efecto, la conclusión a la que llega Martínez-Buján parte de una premisa —su concepción de la causalidad— a la que hace referencia en el párrafo inmediatamente anterior al transcrito, en los siguientes términos: «Se parte de una concepción estrictamente *objetiva* de la causalidad, conforme a la cual habrá que demostrar que una conducta podía producir el resultado que efectivamente produjo y que tal cosa era “predecible según leyes generales” (la fórmula es de Popper). De ahí que se utilice un criterio general, que necesariamente tendrá que ser situado en el nivel más alto posible de conocimientos teóricos y prácticos hasta un punto que pueda ser común a todos los posibles espectadores objetivos, a saber, todos aquellos conocimientos que estuviesen al alcance de la sociedad en el instante de realización de la acción, de tal manera que a nadie pueda exigírsele dicho nivel, dado que

ninguna persona puede poseer la totalidad del saber social» (Martínez-Buján, 2017:18-19, cursivas del autor).

Dada esta concepción de la causalidad (en la que no entraré, porque no es objeto de este trabajo), me pregunto cómo es posible que exista un error objetivamente invencible sobre el tipo tal y como es caracterizado en el fragmento de la obra de Martínez-Buján que motiva estas páginas. Es decir: si nadie, ni siquiera provisto del nivel más alto posible de conocimientos teóricos y prácticos de una sociedad dada, habría sido capaz de predecir el resultado, ¿cómo es posible determinar que el sujeto concreto estaba equivocado?

Recordemos que, desde la perspectiva que he adoptado en este trabajo, toda certeza involucra un tipo de normatividad implícita en el hacer cotidiano de una comunidad en un contexto histórico y social determinado. Por ello, la afirmación de Martínez-Buján conlleva, en mi opinión, el problema de lo que Rorty llamaría «el punto de vista del ojo de Dios»: solo podemos predecir el resultado acaecido si somos sujetos que observamos la conducta desde *fuera* del contexto social de la persona que ha actuado —*nuestro* contexto social—, pues nadie que pertenece a nuestra sociedad, ni siquiera quien tenga todo el bagaje cultural y científico de esta (prácticamente un semidiós), habría sido capaz, en la hipótesis de Martínez-Buján, de hacerlo.

Pero no hay un *afuera* posible, pues la idea de entender la realidad *sub especie aeternitatis* es una ilusión. Solo podríamos considerar que el sujeto está *errado* si contemplásemos el mundo al estilo de Laplace, quien, en plena coherencia con su visión cientifista del mundo, señaló en su día que «se podría concebir un intelecto que en cualquier momento dado conociera todas las fuerzas que animan la naturaleza y las posiciones de los seres que la componen; si este intelecto fuera lo suficientemente vasto como para someter los datos a análisis, podría condensar en una simple fórmula el movimiento de los grandes cuerpos del universo y del átomo más ligero; *para tal intelecto nada podría ser incierto* y el futuro así como el pasado estarían frente sus ojos» (Laplace, <sup>5</sup>1819: 223, cursiva mía).

Por supuesto, no hay nada parecido a tal intelecto en el planteamiento de Martínez-Buján, por lo que su argumentación deviene, a mi juicio, incoherente. No hay nadie que vaya a detectar el error. Ninguna razón puede ser aportada en apoyo de una eventual duda sobre lo sucedido. Y, por ello, sencillamente, *no* se trata de un error (recordemos que, a juicio de Wittgenstein, es inútil añadir la cláusula «hasta donde un ser humano puede saberla» a la afirmación «esto es verdad»).

La otra hipótesis sería aquella en la que la situación se estuviese observando no *desde fuera* sino *desde después*, es decir, que con posterioridad fuésemos capaces de determinar que lo sucedido fue causado por el agente (y hay mucho de *reconstrucción* en todo proceso de acreditación causal). Quizás el lector haya pensado exactamente esto al leer la conclusión del párrafo anterior: «¿cómo no va a tratarse de un error? Simplemente, no se sabía en ese momento, pero puede haberse sabido después: ¿acaso no estaban equivocados los antiguos cuando creían que las tormentas eran causadas por la ira de los dioses?».

Pero esta clase de argumentación *ex post facto* resulta altamente problemática por las siguientes razones:

En primer lugar, ese *después* deberá ser (o situarse) en un momento muy posterior al del acaecimiento de los hechos. Evidentemente, todos conocemos cambios radicales en el ámbito de la ciencia, la medicina, etc., pero ¿cuánto tardaron en producirse? Ningún descubrimiento se acepta por la comunidad científica de la noche a la mañana. Máxime si, *ex hypothesi*, no hay nada en el estado del conocimiento del momento dado que lleve a pensar (ni siquiera a presagiar) la existencia de anomalía alguna en la explicación causal.

Es decir: por supuesto que es posible que, con el tiempo, se demuestre que todo el conjunto de conocimientos teóricos y prácticos de una sociedad no podían predecir una determinada cadena causal. Pero si, efectivamente, son *todos* los conocimientos de los que se disponía en ese momento, no encontraremos a nadie de ese contexto que ni tan siquiera dude. Falta que esto suceda, que motive una investigación que vaya más allá de todo lo que se sabe en ese momento, que se lleven a cabo los experimentos pertinentes y que se alcancen unos resultados lo suficientemente estables y recurrentes como para que la comunidad científica los acepte, modificando sus paradigmas anteriores. Es decir, poco menos que una revolución científica en el sentido de Kuhn.

En efecto, el mencionado autor (cuya importancia capital en la evolución de la filosofía de la ciencia no creo necesario señalar) sostenía que, tras el período precientífico, la historia de la ciencia nos muestra que existen dos fases: la fase de ciencia normal, esto es, aquel periodo en el que hay una «investigación basada firmemente en una o más realizaciones científicas pasadas, realizaciones que alguna comunidad científica particular reconoce, durante cierto tiempo, como fundamento para su práctica posterior» (Kuhn, 1987: 33), y los periodos de crisis, que desembocan en las revoluciones científicas (que, a su vez, dan lugar a un nuevo periodo de ciencia normal). Los periodos de ciencia normal son, por tanto, los que conforman la mayor parte de la actividad científica, y en ellos la labor de investigación se desarrolla bajo el dominio de un *paradigma*, de suerte que «un paradigma es lo que los miembros de una comunidad científica comparten, y, recíprocamente, una comunidad científica consiste en hombres que comparten un paradigma» (Kuhn, 1987: 271).

En la visión de Martínez-Buján, el paradigma científico de un momento dado no podría explicar la relación entre la conducta del agente y el resultado. Nada obsta, insisto, que el paradigma cambie, pero se trataría de supuestos muy limitados y la consideración como *error* advendría a tanta distancia temporal que sería totalmente irrelevante a efectos procesales (es decir, valga la sinécdoque, a efectos *penales*).

Y ello, en segundo lugar, muestra, ni más ni menos, que la verdad y el error son nociones *datadas*. Es decir, como he procurado argumentar, solo tiene sentido plantearlas en un contexto determinado (aunque no sea inalterable) y por referencia a este. Por ello, creo que debe rechazarse toda visión del binomio verdad/error desconectada de dicho contexto. Esto nos comprometería no solo con una concepción absoluta del mundo (tan cara al pensamiento cientificista) sobre cuya improcedencia me he pronunciado a lo largo de estas páginas, sino también, en gran medida, con una concepción de la propia ciencia y sus avances altamente discutible.

En efecto, citando nuevamente a Kuhn: «[...] la recepción de un nuevo paradigma frecuentemente hace necesaria una redefinición de la ciencia correspondiente. Algunos pro-

blemas antiguos pueden relegarse a otra ciencia o ser declarados absolutamente no científicos. Otros que anteriormente eran triviales o no existían siquiera, pueden convertirse, con un nuevo paradigma, en los arquetipos mismos de la realización científica de importancia. Y, al cambiar los problemas, también lo hacen, a menudo, las normas que distinguen una solución científica real de una simple especulación metafísica, de un juego de palabras, de un juego matemático. La tradición científica normal que surge de una revolución científica es no solo incompatible, sino también a menudo realmente incomparable con la que existía con anterioridad» (Kuhn, 1987: 149-150). Por todo ello, dando una vuelta de tuerca a la cuestión, Feyerabend llegaría a proponer las siguientes 4 proposiciones «en contra de la tiranía de la ciencia»:

«Primera proposición: el progreso de la ciencia (en el sentido de sus defensores) depende de una apertura a visiones del mundo que entra en conflicto con los totalitarios pronunciamientos de muchos de dichos defensores.

Segunda proposición: las visiones del mundo pueden precisar un largo tiempo, incluso siglos, antes de que muestren resultados que “exijan reconocimiento”.

Tercera proposición: lo que “exige reconocimiento” en una comunidad carece a menudo de interés —e, incluso, puede resultar dañino— en otra comunidad.

Cuarta proposición: una visión del mundo que contradice “resultados bien establecidos” puede entrar en conflicto con una moda o un fundamentalismo religioso temporal. Sin embargo, no entra en conflicto con la manía que todos los científicos y amantes de la ciencia tienen, llamada racionalismo» (Feyerabend, 2011: 43).

En resumen, y para no extenderme demasiado: la idea expresada por Martínez-Buján de un error objetivamente invencible ligado a la existencia de una incapacidad de todos los conocimientos teóricos y prácticos de un momento dado para explicar un determinado fenómeno no es, desde mi perspectiva, aceptable, pues presupone bien la existencia de un sujeto epistémico que, de hecho, no puede existir, bien un cambio en la comprensión del fenómeno mismo que, aparte de sobrevenir mucho tiempo más tarde, supondría una mutación del paradigma utilizado (y con ella, previsiblemente, una inconmensurabilidad entre los sucesivos valores de verdad y error, es decir, que llamemos ahora *error* a lo que, en su día, bajo otros parámetros inconmensurables con los nuestros, era, lisa y llanamente, una *verdad*).

Por último, no debemos olvidar que el error puede versar sobre muchos y muy variados aspectos de la conducta humana, de modo que enfocarlo solo en la predictibilidad de la producción de un resultado es reducirlo a una casuística muy concreta (precisamente, aquella que más comprometida con el cientificismo). Por poner un ejemplo muy prosaico: el error más comúnmente invocado ante los tribunales españoles es el error sobre la edad de la persona con la que se han mantenido relaciones sexuales. Y me parece claro que el debate sobre dicha alegación de error está absolutamente desconectado de las ideas de predictibilidad, objetividad,nexo causal, etc.

En este sentido, parece que Martínez-Buján vincula la idea de *predictibilidad objetiva* con aquello que se puede demostrar científicamente, perspectiva que genera los problemas antes apuntados: que gran parte de nuestra vida transcurre lejos de cuanto se puede explicar cientí-



ficamente, que la vida humana no puede ser observada *sub specie aeternitatis* y que la ciencia dista de ser la empresa racional y en continuo progreso de la que nos hablan sus seguidores.

Es decir, la actividad científica es una más de nuestras empresas colectivas de conocimiento, y el problema de la racionalidad no debe ser situado en la argumentación lógica o en los sistemas conceptuales, sino en el contexto de las actividades humanas. Si hacemos esto, podremos dar la razón a Toulmin cuando indicaba que «lo que señala como racional a la obra de un científico no es su competencia para la manipulación formal de conceptos y argumentos establecidos, sino su disposición a concebir, explorar y criticar nuevos conceptos, argumentos y técnicas de representación, como maneras de abordar los problemas principales de su ciencia» (Toulmin, 1977: 375), de modo que «en la ciencia, el significado se muestra por el carácter de un procedimiento explicativo; y la verdad, por el éxito de los hombres en hallar aplicaciones para ese procedimiento» (*Ibid.*, 1977: 182).

Desde esa óptica, creo que se podría sustituir la racionalidad clásica por la razonabilidad —es decir, con el permanente *reexamen* de los fundamentos de nuestro conocimiento— y asumir que «razón y práctica no son dos realidades distintas, sino partes de un único proceso dialéctico» (Feyerabend, 1998: 23). Y es precisamente en este proceso dialéctico, nutrido de nuestras prácticas y nuestros procesos de dar y recibir razones donde, a mi juicio, cabe situar la idea del error objetivamente invencible.

Haciéndolo, creo que podemos poner en tela de juicio la propia idea de una invencibilidad objetiva, si con ello queremos expresar que hay errores que lo son más allá de la razonabilidad intersubjetiva a la que reiteradamente he aludido en este trabajo. Es decir, resulta engañoso, en mi opinión, hablar de un error *objetivo*. «Todo habla a su favor y nada en su contra», nos dice Wittgenstein en *Sobre la certeza* como ejemplo de expresión que usaríamos como garantía de la veracidad de algo que creemos. Y añade: «[...] si digo “nada habla a su favor y todo en contra”, eso presupone ya un principio del hablar a favor o en contra. O sea, he de poder decir qué hablaría a favor» (Wittgenstein, <sup>2</sup>1999: 18c).

En realidad, por tanto, lo que habrá serán situaciones en las que el sujeto tiene *todas* las razones para caer en un error, y estas razones —de las que puede dar cuenta para someterlas al debate intersubjetivo— pueden ser de muy variado tipo; tanto, que resulta complicado delimitar si se trata de razones «objetivas» o «subjetivas» (en el sentido usual de ambos términos). Por ello, aunque, como señalaba antes, la referencia a la *vencibilidad* del art. 14 del Código Penal me parece más que discutible y la remisión a «las circunstancias del hecho y las personales del autor» como elementos a los que prestar atención a la hora de valorar la alegación de error me parece, sin más, la única solución viable. Por supuesto, enmarcando ambas circunstancias (las del hecho y las del agente) en un marco de razonabilidad que, a fin de cuentas, desde mi perspectiva es el eje rector de esta institución.

## 9. NULLIUS ADDICTUS IURARE IN VERBA MAGISTRI

Hasta aquí he expuesto todo cuanto creo pertinente decir sobre un tema que tiene, como se puede apreciar, múltiples aristas.

A lo largo de estas páginas he intentado llamar la atención sobre el hecho de que la doctrina penal dé por supuesto que es un error, cuando la cuestión merece un análisis más detallado. Dicho lo anterior, he presentado una visión plausible del error desde el paradigma metodológico y filosófico que sigo, y he extraído algunas consecuencias aplicables a la regulación del Código Penal. Por último, he criticado una afirmación, a mi juicio muy discutible, de Martínez-Buján acerca del error objetivamente invencible sobre el tipo.

Decía Horacio que no se sentía «inclinado a jurar por las palabras de ningún maestro». Esta frase —por cierto, lema de la Royal Society of London— ha servido tradicionalmente para expresar la idea de que no hay que seguir acríticamente lo que los maestros dicen ni abstenerse de debatir sus tesis solo por la autoridad de su figura. Esto último fue también criticado ya por Quintiliano, quien proclamaba: «No lamentaré, en efecto, después de tantos y tan importantes autores, haber dado mi opinión en algunas ocasiones. Pues no me sumé a la escuela de nadie como si fuese una superstición».

En este trabajo he hecho ambas cosas: no solo me he atrevido a dar mi opinión después de que hayan expuesto muchos y muy relevantes autores, sino que he intentado rebatir a mi propio maestro. Espero haberlo logrado con argumentos razonables (pues, como reiteradamente he señalado en este estudio, no solo lo cierto se nutre de razones, sino también lo errado) y, sobre todo, espero haber estado a la altura académica de un debate con quien no solo admite críticas a sus trabajos, sino que incluso las estimula.

Espero, por último, que esta publicación sirva para que más compañeros se tengan por invitados y se unan a este fluido ir y venir de argumentos y razones entre un maestro y su discípulo.

## BIBLIOGRAFÍA

### Apartado 1

MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos (2017): *El error en la teoría jurídica del delito: un estudio a la luz de la concepción significativa*, Valencia: Tirant lo Blanch.

### Apartado 2

VIVES ANTÓN, Tomás S. (2011): *Fundamentos del sistema penal*, Valencia: Tirant lo Blanch. Como es sabido, esta obra está en la base de muchas (y relevantes) aportaciones posteriores de autores como el propio Martínez-Buján —ya en MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos (1999): «La concepción significativa de la acción de T. S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1, y, posteriormente, en MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos (2013): *El contenido de la antijuridicidad: un estudio a partir de la concepción significativa*, Valencia: Tirant lo Blanch—; Carbonell Mateu —por ejemplo, entre otras, CARBONELL MATEU, Juan Carlos (2014): «La equivalencia significativa en la comisión por omisión», *Cuadernos de política criminal*, 113, 5-44—; Busato —de nuevo, por citar uno entre otros muchos trabajos, BUSATO, Paulo César (2007): *Derecho penal y acción significativa*, Valencia: Tirant lo Blanch—; y González Cussac y Orts Berenguer, quienes han llevado a cabo la labor de introducir la mencionada sistemática de Vives en la manualística (y, por tanto, en el ámbito docente): GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y Enrique ORTS BERENGUER (2017): *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch. Aunque no sea objeto de este trabajo, insisto en mis cautelas sobre la atención que se le presta a una propuesta de

sistematización (la de Vives Antón) de los problemas de la teoría jurídica del delito que ocupa 4 páginas (literalmente) de una obra de más de mil. Conviene estar alerta para no convertir una demoleadora crítica a la idea de dogmática jurídico-penal en una criptodogmática, rellenando odres viejos con vino nuevo.

### Apartado 3

PADILLA GÁLVEZ, Jesús (2007): *Verdad y demostración*, Madrid: Plaza y Valdés. Eximo al lector del tedio de leer las referencias a todas las obras que he consultado a fin de hacerme una idea cabal de hasta qué punto se obviaba en la doctrina la tarea de definir el concepto «error». Baste decir que he consultado la práctica totalidad de manuales, comentarios y códigos penales comentados que se han publicado en los últimos 20 años y las siguientes monografías sobre la materia: CASTRO MORENO, Abraham (2003): *El error sobre las circunstancias atenuantes*, Valencia: Tirant lo Blanch; TRAPERO BARREALES, María (2004): *El error en las causas de justificación*, Valencia: Tirant lo Blanch; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (2008): *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Madrid: La Ley; FAKHOURI GÓMEZ, Yamila (2009): *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas: un caso problemático*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Civitas; PÉREZ ALONSO, Esteban Juan (2013): *El error sobre las circunstancias del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch; VARELA, Lorena (2016): *Dolo y error: una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva*, Barcelona: Bosch. Por otra parte, como es lógico, no remito al lector a la vasta bibliografía penal sobre el tema del error en su conjunto, al no ser este un trabajo dogmático, sino *metadogmático*.

### Apartado 4

BRONCANO, Fernando (2003): *Saber en condiciones: epistemología para escépticos y materialistas*, Madrid: A. Machado. Asumo (quizás sin fundamento) que se está refiriendo el autor a *Roma*, la película felliniana de 1972 en la que una broca horada el subsuelo de la ciudad, para ampliar el metro, encontrando una *domus* romana intacta, cuyos frescos desaparecen al ser vistos. Wittgenstein, aunque por supuesto ya se había ocupado de problemas epistemológicos en escritos anteriores, centró su atención en la cuestión de la duda y la certeza en sus últimos meses de vida. Las anotaciones que dejó al respecto (la última de las cuales es de dos días antes de su muerte) fueron recopiladas, ordenadas y publicadas casi dos décadas más tarde por sus albaceas literarios, Elisabeth Anscombe y Georg Henrik von Wright, bajo el título *Über Gewißheit*. Uso la única traducción al castellano existente: WITTGENSTEIN, Ludwig (2<sup>a</sup>1992): *Sobre la certeza*, Barcelona: Gedisa. El libro de Kenny al que me refiero (y que constituye una estupenda introducción a la filosofía de Wittgenstein) es: KENNY, Anthony (2<sup>a</sup>1984): *Wittgenstein*, Madrid: Alianza. La cita de Marrades Millet es del siguiente trabajo: MARRADES MILLET, Julián (1993): «Gramática y naturaleza humana», en Vicente Sanfélix Vidarte (ed.), *Acerca de Wittgenstein*, Valencia: Pre-textos, 98-111 y la de King Dávalos la he tomado de KING DÁVALOS, Patricia (2013): «El estatus de la noción de certeza en Wittgenstein», *Praxis. Revista de Filosofía*, 70 (1), 31-50. Respecto a la noción —clave en el pensamiento de Wittgenstein— de «juegos de lenguaje», señala dicho autor en el parágrafo 5 de las *Investigaciones filosóficas* que llamará «juego de lenguaje al todo formado por el lenguaje y las acciones con las que está entretejido», añadiendo que «la expresión “juego de lenguaje” debe poner de relieve aquí que hablar el lenguaje forma parte de una actividad o de una forma de vida». De este modo, la noción de juego de lenguaje subraya que la actividad lingüística es una actividad más entre las muchas que el ser humano realiza y no puede ser entendida sino aludiendo a estas. Así, el lenguaje no refleja ninguna esencia y las ideas, firmemente arraigadas, de que toda palabra designa un objeto y de que la veracidad de las proposiciones depende de su cotejo con la realidad se revelan pura ilusión. Incluso una aproximación superficial a nuestro comportamiento lingüístico ordinario nos lo muestra como un conjunto de actividades que difícilmente pueden ser aprehendidas bajo los parámetros usuales (nombrar, describir...). Según el filósofo austriaco, el lenguaje consiste en un conjunto de hábitos determinados por reglas que rigen su uso y debe ser observado en su medio natural de desenvolvimiento, esto es, en su funcionamiento en el contexto de la vida humana, no como un sistema de palabras y oraciones en sí mismas consideradas, es decir, con abstracción de sus posibles usos. Simplemente, Wittgenstein intenta

llamar nuestra atención sobre el modo en que el lenguaje se inscribe en las diversas actividades vitales del ser humano, componiendo una tupida red de interrelaciones cuya complejidad y riqueza suelen pasarse por alto, previniéndonos explícitamente frente a los peligros de mantener una visión demasiado angosta del lenguaje, obviando el gigantesco acervo cultural del que es representante y en el que se desarrolla. En suma, el lenguaje se nos muestra, desde esta perspectiva, como una pluralidad de juegos que son muestra de la especial relación que entablan los seres humanos entre sí y con el mundo.

### Apartado 5

Las citas de Muñoz Sánchez provienen de su magnífico trabajo: MUÑOZ SÁNCHEZ, María Teresa (2015): «Wittgenstein: terapia frente a fundacionismo epistémico», *Revista de Filosofía*, 80 (2), 29-42. La cita de Sellars —que, a su vez, hace referencia al ancestral mito hindú de que la Tierra se apoya en unos elefantes que, a su vez, son sostenidos por una colosal tortuga— es la siguiente: «La metáfora de los “cimientos” es engañosa [...] parece que nos obliga a escoger entre la imagen de un elefante montado sobre una tortuga (¿qué es lo que soporta a esta?) y la de una gran serpiente hegeliana del conocimiento que se muerde la cola (¿dónde empieza?). Ninguna de las dos, sin embargo, nos sirven, ya que el conocimiento empírico (como su alambicada ampliación, la ciencia) es racional no porque tenga un fundamento, sino porque es una empresa que se autocorriga, capaz de poner en peligro cualquiera de sus afirmaciones, mas no todas a la vez» (Sellars, 1956: 300); en SELLARS, Wilfrid (1956): «Empiricism and the Philosophy of Mind», en H. Feigl y M. Scriven (eds.), *Minnesota Studies in the Philosophy of Science, Volume I: The Foundations of Science and the Concepts of Psychology and Psychoanalysis* Minneapolis: University of Minnesota Press, 253-329.

### Apartado 6

La cita de Williams procede de WILLIAMS, Michael (1996): *Unnatural doubts*, New Jersey: Princeton University Press y la de Habermas de una obra en la que somete, certera y encomiablemente, sus previas concepciones de *verdad* a un duro escrutinio: HABERMAS, Jürgen (2002): *Verdad y justificación*, Madrid: Trotta. Sobre las supuestas similitudes entre el fundamentalismo de Stroll y la postura wittgensteiniana, *vid.* ARISO SALGADO, José María (2008): «Acerca del supuesto fundamentalismo de Wittgenstein en *Sobre la certeza*», *Contrastes. Revista internacional de Filosofía*, 13, 273-284. Sobre la idea de fundamento y de la finitud de toda cadena de razones, *vid.* los párrafos 89, 118, 169, 211-212, 217, 324-326, 475-484 y 607 de las *Investigaciones filosóficas*, en la reciente (y magnífica) edición de Jesús Padilla Gálvez: WITTGENSTEIN, Ludwig (2017): *Investigaciones filosóficas*, Madrid: Trotta. Sobre el sentido del párrafo 607 de *Sobre la certeza*, *vid.* también CORREDOR, Cristina (1998): «Valores epistémicos y justificación: razón teórica y racionalidad práctica en L. Wittgenstein (*Sobre la certeza*)», *Series filosóficas*, 10, 117-125. Sobre la duda razonable, no me resisto a hacer una doble recomendación. En primer lugar, un interesantísimo estudio sobre el origen de dicho estándar: WHITMAN, James Q. (2008): *The origins of the «reasonable doubt»: theological roots of the criminal trial*, New Haven: Yale University Press. En dicho libro, Whitman argumenta que la idea de «duda razonable» no surgió como estándar de garantía para el acusado, ni siquiera como tal estándar de prueba, sino como un medio para «proteger el alma de los jurados frente a la condenación» (Whitman, 2008: 4). En efecto, como es sabido, la doctrina cristiana no admite que se pueda llegar a condenar a una persona si existe alguna duda sobre su responsabilidad (en puridad, no admitiría que se llegase a poder juzgar a nadie, pero esa es otra cuestión). Ya Gregorio Magno, en el siglo VI, había dejado claro que era un tema tan serio como indecente sentenciar ante hechos inciertos (*grave satis est et indecens, ut in re dubia certa detur sententia*). Este principio general obtuvo carta de naturaleza canónica en el papado de Clemente III, quien decretó que, en caso de duda sobre asuntos eclesiásticos, debía elegirse siempre «el camino más seguro» (*cum in dubiis semitam debiamus eligere tutiorem*) y, por descontado, implicaba que muchos jurados, por miedo a poder cometer pecado mortal, tomaran una decisión absolutoria ante la más mínima duda. La idea del «beyond all reasonable doubt», argumenta Whitman, significaría, en este contexto, que los jurados podían condenar, sin miedo a cometer pecado, si la posible duda que pudiesen albergar *no* era razonable (Whitman,

2008: 8 y *passim*). Me parece indiscutible el interés de esta visión del estándar como una advertencia a los jurados acerca de que su duda (y su consecuente decisión de absolver) tiene que ser razonable y no en el sentido actual de que la prueba de cargo (y la consiguiente condena) debe acreditar (razonablemente) la responsabilidad del acusado. Sobre todo porque, como señalo en el apartado 7 de este trabajo, creo que tanto la verdad como el error (y ese *somewhere in between* constituido por la duda) forman parte del juego de lenguaje de dar y recibir razones (con la consecuencia última de que el error debe ser «razonable»). Por otra parte, el libro de Whitman resulta de interés porque pone en diálogo el actual estándar de la duda razonable con los cuatro grados de certeza de la teología tardomedieval (por este orden, *certeza moral, opinión, sospecha y duda*), gradación que el autor considera clave en la evolución de la epistemología occidental, al poder ser entendida como representación «no solo de una escala de *prueba*, sino también de *responsabilidad moral*», (Whitman, 2008: 64, cursiva del autor). En segundo lugar, puede encontrarse un demoledor análisis sobre las incertezas (si se me permite el juego de palabras) del «beyond all reasonable doubt» en LAUDAN, Larry (2013): *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*, Madrid: Marcial Pons. Por último, siempre disculpándome con el lector por no ser este el objeto del presente estudio (pero sí, lógicamente, una materia íntimamente ligada a él), no puedo sino transcribir estas certeras palabras de Ferrer Beltrán (2007: 2-5): «La dinámica del proceso penal parece exigir diversos estándares de prueba para distintos tipos de decisiones. Mencionaré solo algunas: ¿Qué nivel de corroboración se considera suficiente para ordenar la adopción de medidas cautelares (como por ejemplo, la prisión provisional) durante la instrucción del sumario? ¿Qué nivel de corroboración de la hipótesis acusatoria se considera suficiente para concluir el sumario ordenando la apertura de juicio oral contra el acusado? ¿Y para el sobreseimiento, libre o provisional de la causa? ¿Qué nivel de corroboración de la hipótesis acusatoria será suficiente para derrotar la presunción de inocencia en la correspondiente sentencia? ¿Y para considerar probada la hipótesis de la inocencia (por ejemplo, respecto de la alegación de una coartada)? Veamos qué respuestas nos ofrece la vigente Ley de Enjuiciamiento criminal: Prisión provisional: art. 503 LECrim: “Para decretar la prisión provisional serán necesarias las circunstancias siguientes:[...] 3. Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión”. Sobreseimiento libre: art. 637 LECrim: “Procederá el sobreseimiento libre: 1º Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa; 2º Cuando el hecho no sea constitutivo de delito; 3º Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores”; art. 640 LECrim: “En el caso 3º del artículo 637, se limitará el sobreseimiento a los autores, cómplices o encubridores que aparezcan indudablemente exentos de responsabilidad criminal, continuándose la causa respecto a los demás que no se hallen en igual caso [...]”. Sobreseimiento provisional: art. 641 LECrim: “Procederá el sobreseimiento provisional: [...] 2º Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores”. Procedimiento abreviado. Apertura de juicio oral: art. 790.6 LECrim: “Solicitada la apertura del juicio oral por el Ministerio fiscal o la acusación particular, el Juez de Instrucción la acordará, salvo que estimare que concurre el supuesto del nº 2 del artículo 637 de esta Ley o que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado, en cuyo caso acordará el sobreseimiento que corresponda [...]”. Sentencia: art. 741.1 LECrim: “El tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado por esta Ley”. Recurso de apelación: art. 846 bis c). 3 LECrim: “El recurso de apelación deberá fundamentarse en alguno de los motivos siguientes: [...] e) Que se hubiese vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque, atendida la prueba practicada en el juicio, carece de toda base razonable la condena impuesta”. Recurso de casación: art. 852 LECrim. “En todo caso, el recurso de casación podrá interponerse fundándose en la infracción de precepto constitucional”. Son muchos los comentarios que merecen estos artículos. Es especialmente llamativo que en algunos casos parece incluso observarse una inversión del juego del principio *in dubio pro reo*. Así, el artículo 846 bis c) ofrece una curiosa versión de la presunción de inocencia (en su versión de regla de juicio sobre la valoración de la prueba): se considera vulnerada la presunción

cuando la condena carezca de toda base razonable. En cualquier caso, conviene el carácter extraordinariamente vago de las reglas de juicio o estándares de prueba mencionados por la Ley. Tan es así que me permitiría decir que el tenor literal de los mismos no es formulación de estándar alguno. Y por ello, resulta incontrolable la corrección, en materia de hechos, de la decisión que se adopte, puesto que no será posible controlar si se ha superado o no el umbral mínimo de corroboración de la hipótesis enjuiciada». La cita procede de FERRER BELTRÁN, Jordi (2007): «Los estándares de prueba en el proceso penal español», *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 15, 1-6. Creo que el fragmento anterior no necesita ulteriores precisiones por mi parte, dada su claridad y el desolador (por ser real) panorama que refleja.

### Apartado 7

GALLARDO, Andrés (2011): «Wittgenstein: epistemología y lenguaje», *Praxis*, 66, 87-97; CHICA PÉREZ, Víctor Hugo (2015): «Wittgenstein y el método de análisis por tipos proposicionales en *Sobre la certeza*», *Estudios de Filosofía*, 52, 141-160. Como el lector a buen seguro sabe, hay una abundante bibliografía relativa al debate sobre error e inimputabilidad. No obstante, por razones de afinidad académica (pues siempre acierta a diagnosticar los problemas que plantean las categorías dogmáticas y, además, siempre ofrece interesantes ejemplos de la jurisprudencia) remito, por todos, a MARTÍNEZ GARAY, Lucía (2006): «Imputabilidad y elementos del delito», *Estudios de Derecho judicial*, 110, 93-136. La sentencia inglesa mencionada, cuya citación oficial es *Regina vs. Gladstone Williams* [1983] EWCA Crim 4, puede encontrarse (sin necesidad de acudir a bases de datos bajo suscripción) en la página *web* del British and Irish Legal Information Institute [en línea] <<https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/1983/4.html>>. La última de las citas a Wittgenstein procede de WITTGENSTEIN, Ludwig (1996): *Últimos escritos sobre filosofía de la psicología*, vol. II, Madrid: Tecnos.

### Apartado 8

La cita de Martínez-Buján a Popper procede de POPPER, Karl (1972): *La lógica de la investigación científica*, Madrid: Tecnos. La mía de Rorty procede de RORTY, Richard (1993): «Putnam and the relativist menace», *The Journal of Philosophy*, 90 (9), 443-461 (esp., 451 y ss.). El famoso fragmento del *demonio* de Laplace (pues así lo denominó el insigne científico —naturalmente, en el sentido no de malignidad, sino de inteligencia sobrehumana—) lo tomo de la siguiente edición: LAPLACE, Pierre Simon (1819): *Essai philosophique sur les probabilités*, Bruselas: Remy. La capital obra de Kuhn la cito por la siguiente edición: KUHN, Thomas Samuel (1987): *La estructura de las revoluciones científicas*, Madrid: Fondo de Cultura Económica. La no menos relevante obra de Toulmin, por su parte, la cito por la siguiente edición: TOULMIN, Stephen (1977): *La comprensión humana*, Madrid: Alianza editorial. La primera de las obras de Feyerabend es la siguiente: FEYERABEND, Paul Karl (2011): *The tyranny of science*, Cambridge: Polity Press. La segunda mencionada es: FEYERABEND, Paul Karl (1998): *La ciencia en una sociedad libre*, México DF: Siglo XXI.

### Apartado 9

La cita de HORACIO pertenece a una de sus *Epístolas* (en concreto, *Epístolas*, Libro I, epístola 1, verso 14). La de QUINTILIANO, a su *Institutio oratoria*, 3.1.22.

**Fecha de recepción: 2 de octubre de 2018.**

**Fecha de aceptación: 8 de noviembre de 2018.**



# BLANQUEO DE CAPITALES Y PRINCIPIOS PENALES MONEY LAUNDERING AND CRIMINAL LAW PRINCIPLES

*Ángela Matallín Evangelio*

*Profesora Titular de Derecho Penal  
Universitat de València*

## RESUMEN

El trabajo pone de relieve las extravagancias legislativas a las que puede conducir la aplicación literal del delito de blanqueo de capitales, que en su configuración actual aparece como una especie de *supradelito* de naturaleza económica. Ello es consecuencia de una deficiente técnica de tipificación asociada a una criticable tendencia expansiva de la legislación penal en la materia, muy especialmente tras la redacción atribuida al artículo 301 CP por la LO 5/2010. El resultado, un tipo sin límites, vulnerador de principios penales e inadmisibles excesos punitivos: usos y abusos del delito de blanqueo de capitales que exceden incluso las exigencias derivadas de nuestros compromisos supranacionales y que deben ser objeto de necesaria corrección.

## PALABRAS CLAVE

Blanqueo de capitales, extravagancias legislativas y excesos punitivos, delincuencia económica, obligaciones supranacionales, criterios de corrección.

## ABSTRACT

This paper draws attention to the legal excesses to which the literal application of the current configuration of the crime of money laundering may lead to, as it is configured as a type of supra-crime of an economic nature. This is a consequence of the deficient technique employed in its legal definition, which is itself a symptom of a questionable increase in the use of criminal law in this field, particularly since the wording of article 301 of the Spanish Criminal Code was introduced by Organic Law 5/2010. The result is a criminal offence without limits that violates legal principles and generates unacceptable punitive excesses, and a use and abuse of the criminal offence of money laundering that oversteps the requirements of international agreements and that must be corrected.

## KEY WORDS

Money laundering, legal excess and punitive excess, financial/economic crime, international agreements, corrective criteria.



# BLANQUEO DE CAPITALES Y PRINCIPIOS PENALES

Ángela Matallín Evangelio

Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad de Valencia

**Sumario:** 1. Planteamiento. El Blanqueo de capitales como *supradelito* económico. 3. El blanqueo de capitales por posesión o utilización de los bienes procedentes del delito. 3.1. Obligaciones supranacionales de tipificación. 3.2. Principios penales y criterios de corrección. 3.2.1. Posesión o utilización de tercero. 3.2.2. Posesión o utilización de los bienes derivados del propio delito (autoblanqueo de capitales).

## 1. PLANTEAMIENTO

La aplicación de los tipos penales desde su literalidad, según el significado de los términos en el uso común del lenguaje<sup>1</sup>, no admite excepción. Tampoco el principio de vigencia, desde dicha literalidad<sup>2</sup>.

Sin embargo, ni el principio de vigencia ni la aplicación literal de los preceptos pueden determinar vulneraciones de principios penales.

Esta situación constituye una indeseable consecuencia asociada a la tendencia expansiva del delito de blanqueo de capitales desde su introducción en el código hasta la actualidad.

Tendencia expansiva y riesgo de excesos punitivos que se proyectan sobre todas y cada una de las formas conductuales de blanqueo, pero que alcanzan su punto culminante en el blanqueo por posesión o utilización de los bienes derivados del delito, especialmente cuando el sujeto activo es el autor o partícipe del delito principal. Esta realidad debe ser objeto de crítica, poniendo de relieve las «extravagancias y abusos» a los que puede conducir la aplicación literal de dichas formas de conducta, en contra de la libertad y de ciertos principios penales como el *ne bis in idem* y el de proporcionalidad: usos y abusos que, además, no resultan justificados —siquiera— desde la óptica de una pretendida obligación supranacional de tipificación en este punto, lo que necesariamente debe conducir a la aplicación de criterios de corrección.

## 2. EL BLANQUEO DE CAPITALES COMO SUPRADELITO ECONÓMICO

El delito de blanqueo de capitales se introduce en nuestro ordenamiento jurídico con *nomen iuris* propio con la LO 5/2010, que sustituye la rúbrica del Capítulo XIV, «De la receptación y otras conductas afines», por la específica «De la receptación y del blanqueo de capitales», eliminando con ello su consideración como conducta afín a la receptación<sup>3</sup>.

Desde este momento el delito recibe la denominación de *blanqueo de capitales*<sup>4</sup>, descartando otras locuciones como la de *lavado de activos o blanqueo de dinero* establecidas en distintos textos internacionales o de la Unión<sup>5</sup>. Denominación que ha sido objeto de crítica, entendiendo que no refleja adecuadamente el objeto material del delito<sup>6</sup>.

A mi juicio, cualquiera de las denominaciones al uso, blanqueo de capitales, lavado de activos o blanqueo de dinero, presentan limitaciones con relación al objeto material, pues quizás ninguna de ellas refleja en su totalidad la realidad sobre la que recae la conducta típica, sin embargo, el mismo resulta perfectamente identificable a través de la propia redacción del art. 301, que en su desarrollo matiza y complementa su contenido, a través del término *bienes*, tratando de aportar claridad objetiva al tema.

De cualquier forma y al margen de su denominación, más o menos precisa, lo cierto es que desde la introducción del delito en nuestro ordenamiento sus perfiles han experimentado una continuada expansión hasta llegar a su configuración actual como *delito genérico o supradelito*<sup>7</sup>, cuya aplicación literal puede determinar vulneraciones de principios y garantías penales y procesales.

Nos encontramos, por tanto, con una evolución típica del precepto que genera una *desmesura expansiva* en su redacción y en su consiguiente aplicación, cada vez más laxa, innecesaria, y en ningún caso determinada por la normativa supranacional vinculante.

Ello nos debe devolver al punto de partida, retomando —al menos— la redacción original del artículo 301.1 CP, tal y como vino establecida en el código de 1995, subsanando deficiencias y evitando adiciones típicas ilegítimas, que han llegado a convertir al delito de blanqueo en una suerte de *cajón de sastre* que todo lo admite, al que podemos recurrir cuando fallan otros mecanismos de represión establecidos en el código, pues, como gráficamente señala Muñoz Conde para reflejar esta realidad, cualquiera que sea la conducta y aunque no tenga sustento típico en ninguna otra figura delictiva «siempre nos quedará el blanqueo de capitales»<sup>8</sup>.

Las razones de esta *desmesurada* expansión derivan del carácter internacional del blanqueo de capitales —ligado a su general realización mediante formas de criminalidad organizada—, considerado como amenaza global contra los intereses financieros y contra la sociedad en general, que exige de la utilización de mecanismos supranacionales que coadyuven a su mejor y más ágil prevención y represión<sup>9</sup>. Percepción globalizada de la problemática del blanqueo en la que parece que *todo es admisible*, aun cuando con ello —como efecto inmediato— se vulneren principios y valores de carácter fundamental<sup>10</sup>.

La política criminal internacional en materia de blanqueo se caracteriza por su constante evolución expansiva<sup>11</sup>, más propia del Derecho administrativo que del ordenamiento jurídico penal, tendencia que trasciende a la legislación de cada Estado, tratando de adaptarse a los continuos cambios normativos<sup>12</sup> plasmados en los instrumentos supranacionales del momento (ej. Convención de Viena, Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito<sup>13</sup>, Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo<sup>14</sup>, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional<sup>15</sup>...), siendo común en nuestro país ampliar incluso las exigencias de dichos textos.

El resultado, una innecesaria expansión del delito, que *justificamos* desde un pretendido cumplimiento de nuestros compromisos supranacionales, que no existe en realidad, ya que sus imperativos no exigen la redacción finalmente atribuida al artículo 301 CP. Ello ha determinado la posible ilegitimidad de alguna de sus modalidades típicas, siendo especialmente cuestionable la tipicidad del blanqueo por posesión o utilización de los bienes del delito, que deberemos analizar desde la óptica de los principios penales, estableciendo criterios de corrección, pues, de otra forma, sin una imprescindible aplicación restrictiva, debería cuestionarse su constitucionalidad<sup>16</sup>.

### 3. EL BLANQUEO DE CAPITALES POR POSESIÓN O UTILIZACIÓN DE LOS BIENES PROCEDENTES DEL DELITO

#### 3.1. OBLIGACIONES SUPRANACIONALES DE TIPIFICACIÓN

Los delincuentes actúan en distintos ámbitos legislativos buscando la normativa más benévola y menos controladora para eludir la acción de la Justicia y evitar la pérdida de los productos y efectos de su actividad delictiva. La problemática del blanqueo no afecta únicamente a uno o varios Estados «privilegiados», sino que supera las estructuras estatales, trascendiendo al ámbito supranacional. Y es precisamente esta naturaleza internacional del blanqueo de capitales la que ya en los años 70 determinó a la comunidad internacional a reaccionar ante su amenaza, buscando los instrumentos legales, judiciales y policiales que permitieran reaccionar frente a esta forma de criminalidad.

En el marco de las primeras iniciativas contra el blanqueo<sup>17</sup> se encuentra la Convención de Viena de 1988<sup>18</sup>, texto fundamental, cuyos contenidos fueron asumidos en nuestro ordenamiento, reaccionando contra una de sus manifestaciones, la legitimación de los bienes derivados del narcotráfico, sin extender la tutela a otras formas de criminalidad. En dicho texto se insiste en el carácter de amenaza global de estos delitos<sup>19</sup> y en la necesidad de aunar esfuerzos para su erradicación, considerando de *obligada tipificación* la conversión o la transferencia de bienes procedentes de alguno de los delitos de tráfico de drogas —en sentido amplio— tipificados en el art. 3.1.a), o de un acto de participación en los mismos, cuando se realizaran con objeto de

ocultar o encubrir su origen ilícito o de ayudar a cualquiera de sus partícipes a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones (art. 3.1.b). Obligación de tipificación no extensible a los actos de adquisición, posesión o utilización de los bienes, cuya oportunidad quedaba *a reserva*, en función de las prescripciones asociadas a los principios constitucionales y conceptos fundamentales vigentes en su propio ordenamiento jurídico (art. 3.1.c). Tampoco contenía disposición expresa que estableciera la obligación de tipificación del autoblanqueo de capitales.

La obligación de las partes de tipificar las conductas enumeradas en los incisos a) y b) del art. 3.1 no admitía opción, pero no ocurría lo mismo con las previstas en el inciso c), que comienza con una «cláusula de salvaguarda».

Esta cláusula particular es un texto más restringido de una cláusula similar utilizada en el párrafo 2 del artículo 36 de la Convención de 1961, referida a «lo dispuesto por su Constitución, del régimen jurídico y de la legislación nacional de cada Parte», cuyo significado no fue fácil de interpretar, aclarándose en los comentarios de la norma que se refería a los principios jurídicos básicos del Estado y a los conceptos de amplia difusión de su derecho interno<sup>20</sup>. Lo cierto es que aunque alguna de las partes expresó su insatisfacción por el nuevo texto de la cláusula de reserva, ésta fue objeto de aceptación general, reconociendo que su objetivo no era otro que ofrecer a los Estados signatarios la posibilidad de no tipificar alguna/s de las formas de conducta especificadas en el art. 3.1 c) si con ello se atentaba contra las garantías constitucionales o, aún más allá, entraba en contradicción con los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico<sup>21</sup>, consagrados en el derecho codificado, las decisiones judiciales o en la práctica<sup>22</sup>.

La regla de no criminalización obligatoria de tales conductas (adquisición, posesión o utilización de los bienes derivados del delito previo) se extiende a otros delitos fuente —cuya concreta determinación queda a decisión de los Estados signatarios—, más allá de los de narcotráfico, en los textos supranacionales que posteriormente afrontan la prevención y represión del blanqueo de capitales, excepción hecha de los textos normativos de la Unión<sup>23</sup>. En este sentido, el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito<sup>24</sup>, impone la tipificación de la conversión o transmisión de bienes (art. 6.1.a)<sup>25</sup>, y la ocultación o simulación de la verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento, derechos relativos a los bienes o propiedad sobre los mismos<sup>26</sup>, sabiendo que dichos bienes son productos<sup>27</sup> (art. 6.1.b), permitiendo la incriminación o no de la adquisición, posesión o uso de los bienes (art. 6.1.c), *con sujeción a los principios constitucionales y a los conceptos básicos del ordenamiento jurídico de las Partes*<sup>28</sup>, así como la posibilidad de que las mismas excluyan la punición de las conductas de blanqueo finalmente tipificadas cuando sean realizadas por las personas que cometieron el delito principal (art. 6.2.b). Sistema de incriminación obligatorio/potestativo de determinadas conductas blanqueadoras (en función de la modalidad de conducta ante la que nos encontremos y del sujeto que la realice) que se mantiene en términos coincidentes en los principales textos supranacionales subsiguientes implicados en la prevención y represión del blanqueo de capitales, esto es, en la Convención de Varsovia (art. 9)<sup>29</sup>, en la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000 (art. 6)<sup>30</sup>, y en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 31 de octubre de 2003 (art. 23)<sup>31</sup>.

La cláusula de salvaguarda<sup>32</sup> establecida en el artículo 6.1 b), *in fine*, del convenio de Estrasburgo, cuando *somete* la tipificación de la adquisición, posesión o uso de los bienes derivados del delito (art. 6.1 c) *a los principios constitucionales y conceptos básicos de su ordenamiento jurídico*, significa — según se indica expresamente en el texto explicativo de la norma<sup>33</sup>— que si la criminalización de dichas conductas no entra en contradicción con los mismos, el Estado signatario queda obligado a tipificarlas en la forma que allí se expresa; obligación que continúa en la Convención de Palermo y en la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, dado que en ellas se utiliza idéntica terminología que en el Convenio de Estrasburgo.

A la misma conclusión podemos llegar respecto a la posibilidad de no tipificación del autoblanqueo, admisible cuando la misma entre en contradicción con los principios básicos del Estado signatario, posibilidad admitida en los cuatro textos normativos citados (Convenio de Estrasburgo/Varsovia<sup>34</sup>, Convención de Palermo y Convención de Naciones Unidas contra la corrupción<sup>35</sup>).

Por lo que se refiere a las Directivas comunitarias, textualmente no contienen ninguna imposición sobre las concretas conductas que deben ser objeto de tipificación<sup>36</sup>, limitándose a señalar que *los Estados miembros velarán por que el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo queden prohibidos*<sup>37</sup>, dejando la cuestión de la forma concreta de articular dicha prohibición a la decisión soberana de dichos Estados<sup>38</sup>. Sin embargo, y pese a dicha proclama, su propósito fue y sigue siendo llegar a la tipificación de todas las conductas integradas en el concepto de blanqueo de capitales contenido en el art. 1<sup>39</sup> de cada una de ellas<sup>40</sup>; propósito que finalmente consiguen, ya que los Estados Miembros han ido modificando su normativa hasta adaptarla al mencionado concepto en toda su amplitud.

De esta forma, sin imposición expresa de tipificación, se consigue un efecto criminalizador subyacente más amplio, incluso, que el derivado de aquellos otros textos que de forma tajante sí contienen imposiciones al respecto (ej. Convenio de Estrasburgo, Convención de Palermo...). Pues desde la definición de blanqueo contenida en las Directivas, más extensa que la de los textos internacionales paralelos, y aunque solo preceptúan la necesidad de prohibir el blanqueo, sin imponer ninguna obligación expresa de tipificación, consiguen su propósito de convertir en delito las distintas modalidades blanqueadoras previstas en su artículo primero; modalidades entre las que se encuentran la adquisición, la tenencia o la utilización de bienes, que, sin embargo, no se consideran de obligatoria tipificación en los textos internacionales que se ocupan de la materia, quedando en los mismos *a reserva*, con respeto de los principios básicos del ordenamiento jurídico de las partes<sup>41</sup>. Tampoco encontramos mención expresa del autoblanqueo de capitales en las Directivas.

Por todo lo dicho, podemos concluir que no existía ni existe compromiso supranacional vinculante del que derive una obligación absoluta de tipificación de la adquisición, posesión o utilización de los bienes derivados del delito —ni con relación a tercero ajeno al delito principal ni con respecto al autor o partícipe del mismo—, obligación que, sin embargo, el legislador se ha impuesto *motu proprio*, a pesar de que pugna con los conceptos y principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico, obviando con ello la posibilidad contenida en la *cláusula de salvaguarda establecida en la normativa supranacional, que permitía a los Estados hacer uso de ella para evitar tipificaciones ilegítimas*<sup>42</sup>.

A partir de aquí, reconocida la citada autoimposición legislativa por parte del Estado español, debemos analizar si la misma resulta compatible con nuestros principios constitucionales.

### 3.2. PRINCIPIOS PENALES Y CRITERIOS DE CORRECCIÓN

La naturaleza jurídica del blanqueo de capitales como delito asociado a otro de carácter principal del que derivan los bienes que constituyen su objeto material (delito de referencia<sup>43</sup>) traslada a un primer plano la posible vulneración de principios penales como consecuencia de su aplicación. Ello resulta especialmente evidente cuando se trata de alguna de sus posibles modalidades de conducta, como la posesión o la utilización de los bienes derivados del delito, ya que por su significado y en su amplia redacción típica pueden determinar excesos punitivos necesitados de corrección

El comentario de la problemática tipicidad de dichas formas de blanqueo y su consiguiente análisis ha estado presente en la doctrina desde la introducción de la figura en nuestro ordenamiento<sup>44</sup>, y también en la normativa supranacional asociada. En su relación específica con el principio *ne bis in idem*, ya en los comentarios de la Convención de Viena<sup>45</sup> se destacaba su importancia, reconociendo la necesidad de elaboración de un tratado —bajo los auspicios de los Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados miembros de las Comunidades Europeas— sobre su aplicación<sup>46</sup>; importancia mantenida de forma expresa o implícita en posteriores textos internacionales y en la propia normativa comunitaria, especialmente en la cuarta Directiva sobre blanqueo —la 2015/849—, donde se insiste *en la necesidad de velar por que la imposición de sanciones administrativas y penales allí previstas —con arreglo al Derecho nacional— no vulnere el principio ne bis in idem*<sup>47</sup>. Esta preocupación general ha llevado a que la normativa internacional<sup>48</sup> deje el tema de la tipicidad de las conductas de posesión y utilización de los bienes como modalidades de blanqueo a la decisión soberana de cada uno de los estados signatarios, en función de su compatibilidad con el significado específico de sus propios principios penales.

A partir de aquí, centrados en nuestro ordenamiento jurídico, debemos resolver si la criminalización de las citadas formas de blanqueo —en su realización por el autor o partícipe del delito principal o por un tercero— es legítima desde la óptica de los principios penales, y, muy especialmente, si resulta compatible con el significado esencial de los principios de proporcionalidad y *ne bis in idem*, o, si, por el contrario, debemos reconocer su posible inconstitucionalidad.

El Código penal de 1995 introdujo el delito de blanqueo de capitales como figura afín a la receptación en el art. 301, suprimiendo de entre sus modalidades de conducta la posesión o utilización de los bienes derivados del delito. Con ello se realizó una trascendente despenalización y racionalización de los comportamientos que tenían cabida en el antiguo art. 344 bis i) CP<sup>49</sup>, logro indiscutido por la doctrina<sup>50</sup> y no cuestionado durante la tramitación del precepto<sup>51</sup>, ya que —sin duda— se consideró oportuna la supresión de dichas formas de blanqueo por su significado vulnerador de principios constitucionales<sup>52</sup> y

por su configuración legislativa excesivamente amplia, que, además, no asociaba ninguna finalidad limitativa de su vasto tenor literal<sup>53</sup>.

Lo cierto es que dicha crítica, acertada en el ámbito del art. 344 bis i) del precedente texto punitivo, continúa siéndolo —aún más— en el ámbito del vigente art. 301 CP, que en su redacción actual, y como consecuencia de una deficiente técnica legislativa, limitada básicamente a incorporar en dicho precepto todas las modalidades plausibles de blanqueo establecidas en los distintos textos supranacionales<sup>54</sup>, determina una serie de excesos punitivos desde su aplicación literal que cuestionan su constitucionalidad, y ello tanto si el que utiliza o posee los bienes es un tercero ajeno al delito de procedencia, como si lo es el autor o partícipe del delito principal (autoblanqueo), supuesto éste cuya legitimidad es más discutible si cabe que la del enunciado en primer lugar.

### 3.2.1. Posesión o utilización de tercero

La causa inicial de incorporación del delito de blanqueo de capitales en nuestro ordenamiento jurídico deriva básicamente de la necesidad de satisfacer las obligaciones supranacionales asumidas por España en la materia, obligaciones derivadas de la insuficiencia del régimen jurídico de la receptación para dar adecuada respuesta a ciertas formas de criminalidad que aún relacionadas con ella ostentaban características diferenciales cuya tutela exigía esta nueva figura delictiva<sup>55</sup>.

Aceptando el origen impositivo supranacional de la tipificación del blanqueo asociado a la suscripción de la Convención de Viena, resulta evidente que la incorporación del delito de blanqueo a nuestro ordenamiento —con *nomen iuris* propio o sin él— enlaza su significado con el blanqueo de tercero<sup>56</sup>. Así, desde sus orígenes —en el precedente Código penal— y hasta el año 2010, el delito de blanqueo tipificaba como modalidades de conducta las establecidas en la Convención de Viena —y en los subsiguientes textos supranacionales—, respetando sus imposiciones con mayor o menor tino —ya que no siempre hemos realizado la trasposición de nuestros compromisos con acierto<sup>57</sup>—, configurando la figura con un significado general de legitimación de capitales realizada por tercero, que colocaba los bienes de procedencia delictiva en el mercado legítimo, en su condición de sujeto activo ajeno al delito fuente.

Esta configuración inicial del blanqueo, como blanqueo de tercero, es objeto de ampliación subjetiva en el Convenio de Estrasburgo que, a diferencia de la Convención de Viena, donde no se mentaba siquiera la posibilidad de que el sujeto activo fuera el autor o partícipe del delito principal, contiene ya una previsión específica al efecto, permitiendo que los Estados signatarios excluyeran a dichos sujetos del ámbito de la tipicidad (cláusula de salvaguarda<sup>58</sup>).

Comienza de esta manera una tendencia expansiva del delito ínsita en un movimiento político-criminal excesivo de persecución del dinero<sup>59</sup> que pretende que ninguna conducta plausible de blanqueo quede sin criminalizar, extendiendo asimismo la esfera subjetiva del delito para que no solo las conductas posibles, sino también todos los sujetos intervinientes en el ciclo de blanqueo que puedan tomar contacto con los bienes

objeto del mismo queden incluidos en su perímetro típico sin exclusión alguna —al menos teórica—, con independencia de si con dicha desmesura legislativa se producían/en excesos punitivos en su aplicación literal y vulneraciones de principios y conceptos básicos de nuestro ordenamiento. Movimiento político-criminal que llega a máximos con la reforma operada por la LO 5/2010<sup>60</sup>, que superando nuestras obligaciones supranacionales y trasponiendo sus contenidos de forma inadecuada ha determinado un tipo sin límites, entre cuyos excesos se encuentra la reintroducción de la posesión y de la utilización<sup>61</sup> de los bienes derivados del delito<sup>62</sup> como modalidades de blanqueo<sup>63</sup>, de dudosa legitimidad dada su posible incompatibilidad con las categorías y principios de nuestro propio ordenamiento jurídico; y ello no solo en su realización por tercero, ajeno al delito de procedencia de los bienes, sino, sobre todo, por lo que se refiere al aún más criticable y desacertado añadido de que tales conductas también puedan ser realizadas por el propio autor o partícipe del delito principal.

Sin necesidad de reproducir las duras críticas realizadas al efecto por la mayoría de los autores que se han enfrentado a la tarea de comentar el alcance de la reforma en este punto<sup>64</sup>, si me permito compartir con alguno de ellos la tacha de inconstitucionalidad<sup>65</sup> que asocia la punición indiscriminada de dichas formas delictuales, que en su redacción actual, sin ninguna exigencia que limite la amplitud de su tenor literal<sup>66</sup>, parece incompatible con los principios derivados de la norma fundamental.

En este sentido, conviene recordar que la posible pugna de las mencionadas conductas con los principios y conceptos básicos de cada ordenamiento forzó en los primeros textos internacionales<sup>67</sup> el establecimiento de una cláusula de salvaguarda<sup>68</sup> que permitiera su no incriminación. De esta manera, y a diferencia de las conductas de conversión o transmisión, de indiscutible naturaleza blanqueadora y de obligada tipificación —sin reserva— para todos los Estados signatarios<sup>69</sup>, por considerarlas imprescindibles para afrontar eficazmente la lucha contra el blanqueo, no ocurrió lo mismo con la tipicidad de la posesión o utilización de los bienes derivados del delito<sup>70</sup>. Por el contrario, en este punto surgieron dudas sobre la necesidad de su criminalización, no solo desde la óptica de su posible contradicción con los principios básicos de los ordenamientos internos<sup>71</sup>, sino también por su propio significado ajeno al sentido general del blanqueo de capitales<sup>72</sup>, en el que *prima la ayuda al que necesita colocar en el mercado honesto lo que tiene origen delictivo*<sup>73</sup>. Ayuda que no se apreciaba ni se aprecia con claridad en los comportamientos de poseer o utilizar los bienes derivados del delito precedente, determinando las consiguientes dudas de legitimidad, ya puestas de manifiesto cuando se tipificó la posesión y la utilización de los bienes en el art. 344 bis i) del anterior texto punitivo, y que hoy se incrementan en el vigente art. 301 CP

Así, desde la óptica de su posible contradicción con nuestro texto fundamental, la punición de la posesión o utilización de los bienes sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva *ajena* puede generar situaciones de difícil justificación, necesitadas de corrección.

Entre ellas, y en primer lugar, resulta cuestionable su necesidad, como exigencia del principio de proporcionalidad, ya que tales conductas encajaban perfectamente en la fór-



mula abierta del inciso primero del precedente art. 301 CP<sup>74</sup>, como realización de cualquier otro acto, distinto de la adquisición, conversión o transmisión de los bienes, de forma que resultaba innecesaria su tipificación, y por tanto desproporcionada; necesidad aún más cuestionable con la redacción vigente del precepto, por los excesos punitivos a los que puede llevar su rigurosa aplicación literal no corregida.

En este sentido, desde su literalidad, podría darse la paradoja de que el poseedor de un objeto hurtado resultara sancionado con pena superior a la establecida para el autor del delito de procedencia, vulnerando con ello —y de nuevo— exigencias básicas del principio de proporcionalidad. La deficiente y amplísima redacción del artículo 301 CP, enlazada con cualesquiera bienes que tengan su origen en una actividad delictiva, huérfana de cualquier calificativo sobre su gravedad, y sin límite punitivo respecto del delito precedente<sup>75</sup>, favorece la posibilidad antedicha<sup>76</sup>, pudiendo determinar una injustificable desproporción de la pena del delito subsiguiente en su relación con la del delito antecedente —del que proceden los bienes—<sup>77</sup>.

Además, y siguiendo con las extravagancias que puede determinar la aplicación literal de alguna de estas formas de criminalidad, habrá que mencionar también la posibilidad de realizar fácticamente el delito de blanqueo por posesión o utilización de un bien —mueble o inmueble— de incuestionable origen delictivo —por ejemplo, por derivar de alguno de los delitos relacionados con la corrupción—, aunque el sujeto limite su conducta a usar el deportivo de un amigo que lo recibió como consecuencia de un soborno, siendo cuestionable también en este supuesto que la ofensa del bien jurídico protegido<sup>78</sup> revista la entidad mínima imprescindible para justificar la intervención del derecho penal<sup>79</sup>.

En realidad, afirmada la inexistencia de obligación supranacional de tipificar dichas conductas<sup>80</sup>, por su contradicción con principios y conceptos básicos de nuestro ordenamiento, afirmada también la falta de necesidad de tipificación expresa en la medida que su criminalización ya resultaba posible como realización de *cualquier otro acto* distinto de los enumerados en primer lugar en el art. 301.1 CP<sup>81</sup>, y considerando, igualmente, las posibles vulneraciones del principio de proporcionalidad a las que puede dar lugar su aplicación literal (por ejemplo, por exceso punitivo respecto del delito fuente o por insignificancia<sup>82</sup>), así como su significado alejado del sentido general de los actos de blanqueo<sup>83</sup>, parece evidente que podemos concluir que no existía ni obligación ni razón jurídica para tipificar expresamente la posesión o utilización por tercero de los bienes derivados del delito

Por el contrario, entiendo que la verdadera causa de la introducción específica de estas formas de blanqueo deriva de una pretendida obligación supranacional asociada al contenido de la Directiva vigente en el momento de la reforma de 2010<sup>84</sup> —aunque, como hemos visto, no contenía imposición expresa al respecto<sup>85</sup>—, y del deseo del legislador nacional de superar todas las imposiciones del observador internacional más escrupuloso<sup>86</sup>, tal y como aparecían plasmadas en el informe GAFI (2006<sup>87</sup>) sobre el cumplimiento de sus recomendaciones por parte de España<sup>88</sup>.

En efecto, en dicho informe se señalaba que el art. 301 CP no tipificaba la posesión y utilización de los bienes del delito cuando debía hacerlo de conformidad con los conteni-

dos de la Convención de Viena y de Palermo. En concreto, indicaba que aunque la aplicación de las mencionadas conductas resultaba factible a través de la amplia fórmula utilizada en el art. 301 CP, como realización de *cualquier otro acto* distinto de la adquisición, conversión o transmisión de los bienes derivados del delito, ésta resultaba insuficiente, ya que solo podía aplicarse cuando las mencionadas conductas se realizaran con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o para ayudar a la persona que hubiera participado en la infracción/es a eludir las consecuencias legales de sus actos, afirmando a continuación que, por lo tanto, el artículo 3 (1) (c) (1) de la Convención de Viena y el artículo 6 (1) (b) (i) de la Convención de Palermo no se habían incorporado por completo en España. Ello era así, matizaba el informe, a pesar de la existencia de ciertas resoluciones del Tribunal Supremo español que podrían hacer pensar que el artículo 301 CP podía ser interpretado en la práctica de modo muy amplio por lo que respecta a las acciones que debe haber llevado a cabo el autor sobre los productos del delito<sup>89</sup>.

A mi juicio, estas conclusiones del GAFI no son acertadas<sup>90</sup>. Por el contrario, entiendo que el art. 301 CP en su redacción correspondiente a la fecha del informe (2006) sí cumplimentaba las imposiciones de las convenciones citadas en el mismo sobre la tipicidad de la posesión y utilización de los bienes del delito, ya que ambas contenían una cláusula de salvaguarda que permitía a los Estados signatarios su no tipificación si la misma entraba en contradicción con los principios y conceptos básicos de sus ordenamientos, lo que, en efecto, ocurría en nuestro país. Además —como también señala el informe— dichas modalidades de conducta podían sancionarse perfectamente a través de la fórmula típica del párrafo segundo del 301.1 CP, que permitía la punición de la posesión o utilización de los bienes del delito como realización de *cualquier otro acto* distinto de la adquisición, conversión o transmisión de los bienes. Y aunque es verdad que ello solo resultaba posible cuando se realizaran con alguna de las finalidades típicas allí establecidas<sup>91</sup>, ese argumento no puede utilizarse para concluir en la necesidad de introducción expresa de la posesión o utilización de los bienes del delito en nuestro ordenamiento, porque como hemos dicho el legislador penal en este punto no estaba sujeto a ninguna obligación supranacional de criminalización —a pesar de que el informe GAFI entienda que sí—. En consecuencia, no existiendo obligación internacional ni comunitaria que impusiera la tipificación de la posesión o utilización de los bienes del delito, como de hecho no existía, si el legislador nacional decidió tipificarlas implícitamente como realización de cualquier otro acto distinto de la adquisición, conversión o transmisión de los bienes del delito, cuando dichos actos se realizaran con alguna de las finalidades explicitadas en el texto legal, estaba en su derecho de realizar dicha tipificación parcial, sin que la mencionada opción político-criminal debiera ser objeto de cuestionamiento.

### 3.2.2. Posesión o utilización de los bienes derivados del propio delito (autoblanqueo de capitales)

El autoblanqueo de capitales se introduce en el CP con la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal,

como modalidad específica de blanqueo, añadiendo junto a la descripción típica del delito la posibilidad de que cualquiera de sus modalidades de conducta —adquiera, posea, utilice, convierta o transmita bienes, derivados de cualquier actividad delictiva, y cualquiera que fuera su gravedad— pudiera ser realizada no solo por un tercero ajeno al delito fuente (blanqueo de tercero), sino también por el autor o partícipe del delito principal (autoblanqueo).

A partir de este momento debíamos preguntarnos si era necesaria esta específica tipificación del autoblanqueo, por existencia de laguna punitiva en este campo, o si, por el contrario, no existía verdadera necesidad, ya que el delito se encontraba debidamente tratado y aplicado en el texto legislativo precedente sin necesidad de introducción expresa.

Lo cierto es que tanto en la doctrina<sup>92</sup> como en la jurisprudencia<sup>93</sup> existía ya una práctica favorable a la aplicación del autoblanqueo, pese a la inexistencia de tipificación expresa, incardinando la figura en el segundo grupo de conductas del art. 301.1 CP, como realización de *cualquier otro acto*<sup>94</sup> —distinto de la adquisición, conversión o transmisión de los bienes del delito—, *para ocultar o encubrir o encubrir el origen ilícito de los bienes blanqueados*<sup>95</sup>. Conductas que permitían la aplicación del autoblanqueo sin problemas ya que su dicción se encontraba exenta de la exigencia expresa de su realización *a sabiendas* del origen delictivo de los bienes, que, sin embargo, sí enlazaba con las conductas de adquisición, conversión y transmisión, y que con relación al autor o partícipe del delito del que procedían dichos bienes suponía un contrasentido legal, porque, evidentemente, éste *sabía* que se trataba de bienes derivados del delito, ya que era él mismo el que lo había realizado<sup>96</sup>.

No obstante, y siendo cierto que tanto la doctrina como la jurisprudencia aplicaban la figura del autoblanqueo, y que, por tanto, no existía necesidad de tipificación expresa al respecto, también lo era que la praxis jurisprudencial<sup>97</sup> se dividía entre los que desde la redacción del art. 301.1 CP reconocían la punibilidad del autoblanqueo, a pesar de la inexistencia de tipificación específica de dicha forma delictiva, y los que, frente a ella, negaban su operatividad, desde la óptica fundamental de su contradicción con los principios penales —especialmente con el principio *ne bis in idem*—. Jurisprudencia dividida que ciertamente producía inseguridad jurídica, ya que dependiendo del concreto juzgador podías acabar siendo condenado por dos delitos (el de procedencia de los bienes y el de autoblanqueo) o solo por el delito principal.

Por ello, en 2006, para atajar esta inseguridad jurídica se dictó un acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda —adoptado en su reunión del día 18.07.06—, que literalmente decía lo siguiente:

“EL ARTÍCULO 301 CÓDIGO PENAL NO EXCLUYE, EN TODO CASO, EL CONCURSO REAL CON EL DELITO ANTECEDENTE.

PARA EL CONOCIMIENTO DE ESTOS SUPUESTOS, LA SALA SEGUNDA SE CONSTITUIRÁ SIEMPRE CON UN MÍNIMO DE CINCO MAGISTRADOS”.

Acuerdo que por su ambigüedad no zanjó el problema, sino que éste siguió en los mismos términos duales antedichos<sup>98</sup>, hasta que finalmente, en el año 2010<sup>99</sup>, por medio de la

LO 5/2010, de 22 de junio, se introdujo de forma expresa el autoblanqueo de capitales en nuestro ordenamiento, acabando legislativamente —aunque no de hecho— con el problema de la admisibilidad de su aplicación<sup>100</sup>.

De esta manera, a partir de este momento y hasta la fecha, en la configuración actual del autoblanqueo de capitales nos encontramos con una tipificación sin límites, con relación a las distintas formas de conducta constitutivas de blanqueo y cualquiera que sea el delito fuente del que proceden los bienes blanqueados, que produce como resultado una especie de *supradelito*, que desde su literalidad debe acompañar a la práctica totalidad de figuras delictivas de naturaleza económica. Un delito que desde el riguroso respeto de su tenor literal, concurrirá de forma necesaria, y por ejemplo, con el delito de cohecho, tráfico de influencias, negociaciones prohibidas, corrupción urbanística, etcétera, lo que determinará como efecto inmediato que realizada alguna de dichas figuras, y por el solo hecho de que el sujeto activo del delito utilice, posea, convierta o transmita los efectos de su propio delito, esté ejecutando a la vez alguna de las modalidades de conducta constitutivas de autoblanqueo, con la consiguiente realización de dos delitos en concurso real.

*Inadmisibile realidad concursal*, de necesaria realización entre el autoblanqueo y el delito de procedencia de los bienes blanqueados, cualquiera que sea éste y con independencia de su gravedad, que ya se puso de manifiesto *parcialmente* por el CGPJ, señalando la oportunidad de suprimir la posesión y utilización de los bienes derivados del delito como modalidades de blanqueo y de autoblanqueo, afirmando expresamente que en este último caso la única posibilidad de evitar que el autor o cómplice de un delito patrimonial o socioeconómico fuera penado también como blanqueador por poseer los bienes objeto de su delito patrimonial sería la prohibición constitucional de *bis in idem*<sup>101</sup>. Y digo *parcialmente* ya que solo se argumentó sobre la ilegitimidad del autoblanqueo cuando el mismo lo fuera por posesión o utilización de los bienes derivados de su delito patrimonial o socioeconómico. En el primer caso, porque la posesión formaría parte de la consumación del delito previo, vulnerando el principio *ne bis in idem* si se sancionaran ambos delitos, y, en el segundo, porque la necesaria aplicación de un concurso real de delitos —entre el patrimonial/socioeconómico y el autoblanqueo— determinaría una evidente desproporción de la pena vulneradora del principio de proporcionalidad. Así pues, el CGPJ no ofreció razonamientos generales sobre la posible ilegitimidad del resto de conductas plausibles de autoblanqueo —distintas de la posesión o utilización de los bienes derivados del delito propio— ni tampoco más allá de su conexión con los delitos patrimoniales o socioeconómicos. Sin embargo, a pesar de ello, y aun desde esa *parcialidad argumentativa*<sup>102</sup>, concluyó en la necesidad de que se incorporara en el texto de la ley una cláusula excluyente del tipo<sup>103</sup> al menos frente a quienes hubieran intervenido como autores o partícipes en el delito patrimonial o socioeconómico, cláusula que debería extenderse también a otros delitos «que no se encontraran en el Título XIII del Libro II del Código Penal, como por ejemplo, las defraudaciones fiscales u otros de contenido económico difuso, como los relativos a la corrupción, a la ordenación del territorio, etcétera», por lo que, en consecuencia, acabó señalando, «que una correcta técnica legislativa hacía más aconsejable la supresión de estas dos formas de la acción típica —posesión y

utilización—, que la inclusión de una cláusula de exclusión de la tipicidad de tan amplio espectro».

También la doctrina puso de relieve esta realidad *excesiva* del autoblanqueo, manifestando los excesos punitivos que podían producirse de interpretarse literalmente el precepto, pero al igual que ocurrió con el Informe del Consejo General del Poder Judicial tampoco este punto de vista tuvo incidencia determinante de alguna modificación en el tenor del art. 301.1 CP, ni siquiera aprovechando la coyuntura de reforma operada por la LO 1/2015, que sin duda podía haberse utilizado para paliar las extravagancias legislativas derivadas de la amplísima literalidad del autoblanqueo de capitales.

No obstante lo dicho, y aun reconociendo la ausencia de modificación legislativa en la figura del autoblanqueo, sí debemos reconocer cierta trascendencia a las críticas realizadas por la doctrina<sup>104</sup> y por cierta jurisprudencia que pese a la dicción literal del art. 301.1 CP no aplicaban el autoblanqueo en muchas ocasiones<sup>105</sup>, pues en derivación de las mismas se ha concretado un movimiento judicial reactivo desde Sentencia del Tribunal Supremo 265/2015 de 29 de abril. Sentencia que pese a no ser inédita en sus contenidos, ya que reproduce alguna de las afirmaciones plasmadas en resoluciones precedentes<sup>106</sup>, que no alcanzaron la relevancia asociada a la 265/2015, ha tomado conciencia real del problema tratando de corregir los excesos punitivos del autoblanqueo mediante la aplicación de un *criterio corrector finalístico restrictivo de la operatividad del precepto*.

En concreto, a tenor de las afirmaciones realizadas en la citada sentencia —y de las contenidas en las resoluciones posteriores que la reproducen casi literalmente<sup>107</sup>—, se establece como criterio decisivo para la punición de esta figura delictiva que la acción típica sancionada —también en las conductas de blanqueo— no consiste en el simple hecho de *adquirir, poseer o utilizar*<sup>108</sup> los bienes derivados del delito propio, sino en realizar estos actos *para ocultar o encubrir su origen ilícito o para ayudar al autor de esta actividad a eludir la sanción correspondiente*, doble finalidad que se considera exigible en todas las modalidades de conducta descritas en el art. 301.1 CP, y no solo en las descritas en la locución *cualquier otro acto* contenida en el párrafo segundo del citado precepto<sup>109</sup>.

A mi juicio, y sin menospreciar el mérito que supone la utilización de cualquier mecanismo de corrección judicial para restringir la aplicación del autoblanqueo, debo concluir que este criterio no es el adecuado<sup>110</sup>. Por el contrario, entiendo que la vía correcta de reparación punitiva es otra. No solamente porque del tenor del artículo 301.1 CP no parece desprenderse la exigencia de un elemento finalístico en la totalidad de las formas conductuales de autoblanqueo<sup>111</sup>, sino, sobre todo, porque dicha reparación debe articularse desde el respeto de los principios penales: bien mediante la propuesta de supresión del autoblanqueo, por la vía del art. 4.3 CP, que, no obstante ello, no impediría su aplicación, en el marco de las conductas descritas en el inciso segundo del art. 301.1 CP —si fuera *necesario*—; bien, y de mantenerse su tipicidad en los términos vigentes, propiciando su no aplicación en casos de ofensividad irrelevante, o cuando exista vulneración de otros principios penales, como el *ne bis in idem*, especialmente en los supuestos de posesión o utilización de los bienes derivados del propio delito, que por formar parte de la dinámica comisiva del delito precedente (consumación/agotamiento<sup>112</sup>) no deben

ser objeto de sanción independiente por tratarse de actos ya penados con la pena prevista para el delito principal (actos copenados<sup>113</sup>).

## NOTAS

1. Cfr., Vives Antón, T. S., «Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal», en M. Díaz y García Colledo y J. A. García Amado (eds.), *Estudios de filosofía del derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2006, págs. 334 y ss. Lo cierto es que como señala este autor «La garantía en que el principio de legalidad consiste se halla ligada al significado de las palabras en el uso común del lenguaje. Los derechos a la libertad y a la seguridad, que el principio de legalidad tutela, descansan sobre la base de que la ley penal se halle formulada con toda la precisión que el lenguaje común permite; pero, comporta también ciertos requerimientos en orden a la interpretación. El aplicador del derecho no puede entender la ley penal del modo que le venga en gana. Ni siquiera cumple su cometido de modo constitucionalmente legítimo con remitirse a cualquier clase de entendimiento no arbitrario; sino que ha de partir del uso común del lenguaje y el sentido común, para, después, efectuar una delimitación más precisa conforme a las exigencias materiales que derivan, nada más y nada menos, del hecho de que, en la correcta aplicación de la ley penal está en juego el núcleo más duro de los derechos fundamentales del ciudadano» («Principios penales y dogmática penal. Estudios sobre el Código Penal español de 1995 (Parte General)», *Derecho y Cambio Social*, Año 7, nº. 22, 2011, pág. 3).

2. La interpretación de la norma de forma compatible con la Constitución respetando el principio de vigencia y rechazando las opciones interpretativas contrarias a ella resulta legítima siempre que se respete el tenor literal de la norma. Así se desprende de la STC 24/2004, de 24 de febrero, cuando en su fundamento jurídico 6, proclama que lo que no resulta posible es «tratar de reconstruir una norma contra su sentido evidente (...). Y ello porque la efectividad del principio de conservación de las normas no alcanza “a ignorar o desfigurar enunciados legales meridianos” (SSTC 22/1985, de 15 de febrero, F. 5; 341/1993, de 18 de noviembre, F. 2). En definitiva, la interpretación conforme no puede ser una interpretación *contra legem*, pues ello implicaría desfigurar y manipular los enunciados legales, usurpando funciones que corresponden al legislador (...), siendo inadmisibles la reconstrucción de la norma contraria a su tenor literal».

3. Nueva rúbrica, «De la receptación y el blanqueo de capitales», que ha sido objeto de valoración positiva por la doctrina frente a aquella a la que sustituye (por todos, Blanco Cordero, I., *El delito de blanqueo de capitales*, Aranzadi, Navarra, 2015, págs. 201-202).

4. En el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990, precedente del Convenio de Varsovia, solo se utiliza la expresión *blanqueo*, sin más calificativos.

5. La expresión *blanqueo de dinero* se utiliza en el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, en las Directivas comunitarias, en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, y en la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003. Por su parte, el GAFI en sus recomendaciones utiliza la expresión *lavado de activos*.

6. *Vid.*, entre otros, Bajo Fernández, M., «El desatinado delito de blanqueo de capitales», en M. Bajo Fernández y S. Bacigalupo Saggese (dirs.), *Política Criminal y Blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2009; Abel Souto, M., «La reforma penal, de 22 de junio de 2010, en materia de blanqueo de dinero», en A. Souto y N. Sánchez Stewart (coords.), *II congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

7. Las continuas modificaciones operadas en el delito de blanqueo de capitales a lo largo del tiempo, desde su introducción en nuestro ordenamiento —con nombre propio o sin él— y los excesos asociados a las mismas han sido puestos de manifiesto por la práctica totalidad de autores que han estudiado el delito. En este sentido, *vid.*, entre otros, Abel Souto, M., «La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio», *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 79, febrero 2011, págs. 5-32; Castro Moreno, A., «Reflexiones críticas sobre las nuevas conductas de posesión y utilización en el delito de blanqueo de capitales en la reforma del Anteproyecto de 2008», *Diario la Ley*, 7277, noviembre 2009; Muñoz Conde, F., «Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales», en A. Souto y N. Sánchez Stewart (coords.), *I congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 174; del mismo, «El delito de blanqueo de capitales y el derecho penal del enemigo», en A. Souto y N. Sánchez Stewart (coords.), *III congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 375-376; Morillas Cueva, L., «Aspectos dogmáticos y político-criminales del delito de blanqueo de capitales», *Revista Foro FICP*, núm. 2, septiembre 2013, pág. 69; Silva Sánchez, J. M., «Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales», en A. Souto y N. Sánchez Stewart (coords.), *II congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 133; Vidales Rodríguez, C., «Blanqueo, ¿qué es blanqueo? (estudio del artículo 301.1 del Código Penal español tras la reforma de la L.O. 5/2010)», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 18, 2012.

8. Muñoz Conde, F., «Consideraciones...», *cit.*, pág. 174.

9. Esta idea quizás podría deducirse del significado atribuido al delito en los textos supranacionales, por ejemplo de alguno de los considerandos del Convenio de Estrasburgo (y también del Convenio de Varsovia), cuando se insiste expresamente en la necesidad de practicar una política penal común dirigida a la protección de la sociedad frente a los delitos graves —entre los que se encuentra el blanqueo de capitales— proclamando la dimensión internacional de la lucha contra los mismos, así como la necesidad de métodos modernos efectivos a escala internacional y la cooperación internacional como mecanismos frente a la delincuencia grave organizada (blanqueo de capitales). Pronunciamientos internacionales que junto con otros de signo semejante transmiten la idea de que la prevención y represión de ciertos delitos, como el blanqueo, constituye una prioridad en la Unión y en el resto del mundo por su carácter de amenaza global contra los intereses financieros y contra la sociedad frente a la que debemos reaccionar, *permitiendo ciertas licencias jurídicas para evitar males mayores* (la cursiva es mía). También las Directivas comunitarias que se han ocupado del tema han puesto de manifiesto que el blanqueo de capitales representa un peligro especial para las sociedades de los Estados miembros (Directiva 1991/308/CEE, de 10 de junio, considerando 3), resaltando la naturaleza evolutiva de las amenazas que plantea el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, amenaza creciente propiciada por la evolución constante de la tecnología y de los medios que existen a disposición de los delincuentes, lo que exige que se lleven a cabo adaptaciones rápidas y continuas del marco jurídico por lo que respecta a los terceros países de alto riesgo a fin de dar una respuesta eficaz a los riesgos existentes y evitar que surjan otros nuevos (Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015, considerando 28).

10. Cfr., entre otros, Gómez Benítez, J., «Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de blanqueo de bienes y su diferencia con la defraudación fiscal», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 91, I, 2007, págs. 13-14; Castro Moreno, A., «Consideraciones críticas sobre la aplicación e interpretación del tipo subjetivo de los delitos de blanqueo de capitales», en J. Álvarez García, M. A. Cobos Gómez de Linares, P. Gómez Pavón, A. Manjón-Cabeza Olmeda, y A. Martínez Guerra (coords.), *Libro homenaje al Profesor Luís Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 447; Bajo Fernández, M., «Prólogo», en M. Bajo Fernández y S. Bacigalupo Saggese (dirs.), *Política Criminal y Blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2009; Vidales Rodríguez, C., «Blanqueo...», *cit.*, pág. 4; Muñoz Conde, F., «El delito...», *cit.*, págs. 375-376; Varela Castro, L., «Últimas líneas jurisprudenciales

en sede de blanqueo», en A. Souto y N. Sánchez Stewart (coords.), *III congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 387-388.

11. *Vid.*, Hassemmer, W., «Gewinnaufspürung: jetzt mi dem Strafrecht», en *WM (Gastkommentar)*, 1994, traducido al castellano por Miguel Abel Souto, como «Localización de ganancias: ahora con el Derecho Penal», *RCP*, vol. 1, núm. 1, 1998; Manacorda, S., «La réglementation du blanchiment de capitaux en droit international: les coordennées du système», *RSCDPC*, núm. 2, 1999.

12. Cfr. Abel Souto, M., «Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa penal española contra el blanqueo. Análisis de los tipos penales contra el blanqueo desde su incorporación al Texto punitivo español en 1988 hasta la última reforma de 2003», *Ley Penal*, núm. 20, octubre 2005.

13. En adelante, Convenio de Estrasburgo.

14. En adelante, Convenio de Varsovia.

15. En adelante, Convención de Palermo.

16. Castro Moreno, A., «Reflexiones...», cit.

17. Sobre la evolución de la lucha internacional contra el blanqueo de capitales desde su inicio a finales de los años setenta hasta la aprobación de las Directivas europeas, *vid.*, entre otros muchos, Abel Souto, M., «La expansión...», cit., del mismo, «Década...», cit.; Blanco Cordero, I., «La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la UE», *Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, nº 15, 2001, del mismo, *El delito...*, cit., págs. 110 y ss; Vidales Rodríguez, C., *El delito de legitimación de capitales: su tratamiento en el marco normativo internacional y en la legislación comparada*, Centro para la Administración de Justicia, Florida International University, Miami, 1998.

18. La preocupación de Naciones Unidas por la delincuencia asociada al narcotráfico determinó la aprobación de la Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988, ratificada por España el 30 de julio de 1990, con la finalidad de crear un marco jurídico integral en la lucha contra el narcotráfico, que continuara y ampliara las medidas de otros textos normativos previos, como la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 21 de febrero de 1971. El resultado: un instrumento completo, eficaz y operativo, específicamente dirigido contra el tráfico ilícito, en el que se tomaran en cuenta los diversos aspectos del problema en su conjunto, y, en particular, los que no hubieran sido previstos en los tratados vigentes en la esfera de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

19. Tanto de los delitos fuente como de los determinados por el aprovechamiento de los bienes derivados. En este sentido se insiste en los vínculos que existen entre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él, que socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados (...), contaminando y corrompiendo las estructuras de la Administración Pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad en todos sus niveles (*vid.* Preámbulo de la Convención de Viena de 1998, *in fine*).

20. Comentarios a la Convención de 1961, párrafo 4 de los comentarios sobre el inciso introductorio del párrafo 2 del artículo 36.

21. Si resultan irreconciliables con ellos (*vid.* el comentario del art. 3 —párrafos 3.65 y 3.66— de los Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes, y sustancias sicotrópicas de 1988).



22. En opinión de Abel Souto el inciso c) del artículo 3.1 acoge en sus cuatro subapartados una serie de conductas cuya tipificación penal está condicionada por el respeto a los principios constitucionales y conceptos fundamentales de las Partes. Tamaña cláusula parece indicar que los delitos del inciso c) poseen menor importancia que los recogidos en las letras a) y b) y, además, atempera la obligación de crear delitos que pesa sobre los Estados miembros ya que los negociadores de Viena entendieron por varias razones que era contraproducente gravar a los futuros firmantes con un deber ilimitado de transposición de conductas delictivas. Por lo que ahora nos interesa, en las negociaciones de la Convención se reconoció la importancia de ubicar el subapartado c i) al abrigo de la cláusula de reserva constitucional «para posibilitar una protección idónea al adquirente de buena fe». Sin embargo, es cuestionable que se ponga en peligro esta figura central del Derecho de bienes por cuanto nunca podría decirse que adquiere *bona fide* el que conoce en el momento de la recepción de un objeto que éste deriva del tráfico de drogas (*Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001, págs. 84-86).

23. *Vid. infra.*

24. En el seno del Consejo de Europa, surge el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación de los productos del crimen, hecho en Estrasburgo el 8 noviembre 1990 (Convenio de Estrasburgo), con la finalidad de facilitar la cooperación judicial en esta materia desde el reconocimiento de la necesidad de realización de una política penal común dirigida a la protección de la sociedad en la lucha contra los delitos graves, como problema de dimensión internacional creciente, privando al delincuente del producto del delito sobre la base de un eficaz sistema de cooperación internacional (*vid. considerandos del Convenio*).

25. Siempre que se realicen con la finalidad de ocultar o disimular la procedencia ilícita de esos bienes o de ayudar a una persona involucrada en la comisión del delito principal a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.

26. En este caso sin exigencia de finalidad alguna.

27. Art. 1. a) por «producto» se entenderá todo provecho económico derivado de un delito. Podrá tratarse de bienes según la definición del párrafo b) del presente artículo; b) por «bienes» se entenderán los bienes de cualquier naturaleza, ya sean materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, y los documentos o instrumentos legales que demuestran algún título o participación en esos bienes;

28. Art. 6.1 b) *in fine*.

29. Art. 9.1.- 1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delitos en virtud de su legislación nacional, cuando se cometan intencionadamente:

a) ...;

y, con sujeción a sus principios constitucionales y a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico:

c) la adquisición, posesión o uso de bienes, sabiendo, en el momento de recibirlos, que se trata de productos;

30. Art. 6. 1.- Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) ...;

b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico:

i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito;

31. Art. 23. 1.- Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) ...;

b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico:

i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito;

32. O de reserva, si se prefiere.

33. *Vid.* el párrafo 32, referido al comentario del art. 6.1 b) *in fine*, en relación con el apartado c) del Convenio de Estrasburgo (Explanatory Report to the Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime —Strasbourg, 8.XI.1990—); y en igual sentido se manifiesta el párrafo 94, referido al comentario del art. 9.1 b) *in fine*, en relación con el apartado c) del Convenio de Varsovia (Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism —Warsaw, 16.V.2005—).

34. En este sentido, *vid.* el párrafo 32, referido al comentario del art. 6.2 b) del Convenio de Estrasburgo (Explanatory Report to the Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime —Strasbourg, 8.XI.1990—); y en idéntico sentido se manifiesta el párrafo 95, referido al comentario del art. 9.2 b) del Convenio de Varsovia (Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism —Warsaw, 16.V.2005—).

35. A tales efectos, el párrafo 120 —y la nota correspondiente al texto—, de las Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos (comentario del art. 6.2.e) señalan lo siguiente:

«Las constituciones o los principios jurídicos fundamentales de algunos Estados (por ejemplo, Suecia) no permiten enjuiciar y castigar a un delincuente a la vez por el delito determinante y por el blanqueo del producto de ese delito. La Convención tiene en cuenta esta situación y prevé la posibilidad de que los delitos de blanqueo de dinero no se apliquen a quienes hayan cometido el delito determinante, pero solo en los países cuyos principios fundamentales así lo requieran (artículo 6, párrafo 2, apartado e)». «Esta práctica se denomina a veces “autoblanqueo”. La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 guarda silencio a este respecto. El Convenio del Consejo de Europa sobre el blanqueo, la investigación, la incautación y el decomiso del producto del delito, de 1990, permite a los Estados Parte establecer que los delitos de blanqueo de dinero no se aplicarán a las personas que hayan cometido el delito determinante (artículo 6, párrafo 2, apartado b)». Y en idéntico sentido se manifiesta el párrafo 249 de la Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, con relación al comentario del art. 23.2 e), que establece que «si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo no se apliquen a las personas que hayan cometido el delito determinante».

36. *Vid.*, por todos, Blanco Cordero, I., *El delito...*, cit., págs. 144 y ss., del mismo, «La lucha...», cit., págs. 35 y ss.

37. La referencia a la financiación del terrorismo en el ámbito de dicha prohibición se incorpora con la Directiva 2005/60/CE, de 26 de octubre, manteniéndose hasta la de 2018. En la primera Directiva, la 91/308/CEE, no se contenía dicha previsión.

38. En este sentido, *vid.* los informes de aplicación de las Directivas sobre blanqueo de capitales, tanto de la 91/308/CEE como de la 2005/60/CE.

39. Desde la aprobación de la primera Directiva sobre prevención y represión del blanqueo de capitales —la 1991/308/CEE, de 10 de junio— hasta la última de 20 de mayo de 2015 (modificada por la 2018/843, de 30 de mayo), el concepto de blanqueo de capitales incluye las siguientes conductas:

- la conversión o la transferencia de bienes, siempre que el que las efectúe sepa que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de una participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a toda persona que esté implicada en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;
- la ocultación o el encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento o de la propiedad de bienes o de derechos correspondientes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de una participación en ese tipo de actividad;
- la adquisición, tenencia o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de una participación en ese tipo de actividad;
- la participación en alguna de las acciones mencionadas en los tres puntos precedentes, la asociación para cometer ese tipo de acciones, las tentativas de perpetrarlas, el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o el hecho de facilitar su ejecución.

40. Así lo decía expresamente el Informe de aplicación de la Directiva 91/308/CEE, en el apartado II.3 (prohibición del blanqueo de capitales), cuando señalaba que «tal y como la Comisión sostuvo en la segunda lectura de la propuesta ante el Parlamento, la prohibición “erga omnes” contenida en el artículo 2, más la obligación de imponer las oportunas sanciones, establecida en el artículo 14, y junto con la declaración intergubernamental que acompañaba a la Directiva y que se publicó en el Diario Oficial, bastaban para garantizar el objetivo de convertir en delito penal el blanqueo de capitales. Por ello, pese a que en el texto se emplea la palabra “prohibición”, la Directiva ha incidido de manera inequívoca en la conversión del blanqueo de capitales en delito penal, lo que constituía un requisito previo a la aplicación de las restantes disposiciones del texto».

41. Así se establecía expresamente en la Convención de Viena (art. 3.1.c), los Convenios de Estrasburgo y de Varsovia (art. 6 y art. 9, respectivamente), la Convención de Palermo (art. 6), la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003 (art. 23), y también en el texto de las recomendaciones del GAFI, que en su R-3, sobre el lavado de activos, señala que «los países deben tipificar el lavado de activos en base a la Convención de Viena y la Convención de Palermo», convenciones que no contenían como hemos visto imposición absoluta al respecto.

42. *Vid. supra.*

43. *Vid.* Blanco Cordero, I., «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico: De la receptación y el blanqueo de capitales», en M. Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 143 y ss.; González Cussac, J. L.: “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico: Receptación y blanqueo de capitales”, en *Derecho penal parte especial*, González Cussac (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 499.

44. Tanto en su relación con los delitos de narcotráfico como con respecto a cualesquiera otros delitos generadores de los bienes objeto de blanqueo.

45. Como norma básica inspiradora del resto de textos internacionales y comunitarios y de la mayor parte de los delitos de blanqueo en los distintos Estados signatarios.

46. *Vid.* nota 208 de los Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

47. *Vid.* considerando 59.

48. A excepción de las Directivas comunitarias, aunque con respecto a los contenidos de éstas, ya hemos visto que tampoco contienen imposición expresa sobre los límites de tipificación del delito de blanqueo (*vid. supra*).

49. El art. 344 bis i) del precedente texto punitivo tipificaba como blanqueo la adquisición, posesión o utilización de bienes a sabiendas en el momento de recibirlos de que los mismos procedían de alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas establecidos en los artículos anteriores.

50. Cfr., entre otros, Abel Souto, M., *Normativa...*, cit., pág. 383; Blanco Cordero, I., *El delito...*, cit., págs. 571, 603-604, del mismo, «El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-01, 2011, pág. 40; Aránguez Sánchez, C., *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000, págs. 242-245; Castro Moreno, A., «Reflexiones...», cit.; Gómez Iniesta, D. J., *El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español*, Cedecs, Barcelona, 1996, págs. 62 y ss.; Vidales Rodríguez, C., *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 98 y 99. En contra, Zaragoza Aguado asegura que la adquisición, conversión o transmisión «abarcan, sin necesidad de grandes esfuerzos, acciones como la recepción, la posesión o la utilización, referidas en los arts. 546 bis f) y 344 bis i) del anterior Código» («El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación», en I. Serrano Butragueño, I. (coord.), *Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia*, Comares, Granada, 1998, pág. 1420).

51. En este sentido, como señala Abel Souto, el artículo 301.1 CP no alcanzaba al que escriba un texto con un ordenador sustraído, a sabiendas de que el ladrón del equipo informático empleó un arma para proteger su huida, pues no se incrimina la mera utilización de bienes procedentes de un delito grave, ni tampoco abarca al transportista que hacía la mudanza de un famoso traficante de drogas, ni al trabajador de un garaje que custodiaba el vehículo de dicho narcotraficante, ni al guardarropa de cualquier establecimiento que queda al cuidado de su abrigo (*Normativa...*, cit., pág. 384), dado que el artículo 301.1 no castigaba la simple posesión de bienes con conocimiento de que tienen su origen en una infracción sancionada por la Ley con pena grave (Aránguez Sánchez, C., *El delito...*, cit., pág. 244-245). En propio CGPJ, en su informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Reforma del Código penal señala que «con la llegada del Código Penal de 1995, al ser extraído el delito de blanqueo de capitales del ámbito de los delitos de tráfico de drogas y extenderse a la comisión de cualquier delito (en aquél entonces, todavía grave), el legislador optó con buen criterio por eliminar las conductas de posesión y utilización que estaban restringidas por la Convención de Viena —aunque con reservas— solo a bienes procedentes de los delitos de tráfico de drogas».

52. Cfr. Blanco Cordero, I., *El delito...*, cit., pág. 562-563; Abel Souto, M., *Idem*; Aránguez Sánchez, C., *Ibidem*, pág. 108; Vidales Rodríguez, C., *Los delitos...*, cit., pág. 98.

53. Abel Souto, M., *Ibidem*, pág. 370; Álvarez Pastor, D. y Eguidazu Palacios, F., *La prevención del blanqueo de capitales*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 274; Díaz-Maroto y Villarejo, J., *El blanqueo de capitales en el Derecho español*, Dykinson, Madrid, 1999, pág. 16; Sequeros Sazatornil, F., «El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico (Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial)», *La Ley*, Madrid, 2000, pág. 545.

54. Especialmente los contenidos de los informes de cumplimiento realizados por el GAFI.

55. Por razones de extralimitación objetiva no analizaremos la problemática del bien jurídico protegido en el delito de blanqueo.

56. En este sentido de forma muy clara señala Quintero Olivares que «la regulación legal que hasta ahora ofrece el art. 301 C.P. —en su redacción del 95— muestra sin especiales esfuerzos interpretativos que el destinatario de la conminación penal, o si se prefiere, el abstracto destinatario de la norma en términos

de prevención general, es una persona diferente de la que ha conseguido el dinero o bienes cometiendo un delito (...), planteamiento que sufre un cambio sustancial con el PrLRCP, que propone una nueva redacción para el art. 301 (...) y abre la posibilidad de que quien ha cometido un delito pueda también ser autor de otro delito cuando intente introducir en el mercado los productos de ese delito» («Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo y la incidencia en la receptación civil», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12-r1 (2010), r2-10).

57. En este sentido resultan especialmente reveladoras las palabras de Díez Ripollés cuando con relación a la reforma operada en la materia por la LO 8/1992, de 23 de diciembre, reflejó a la perfección la realidad de algunas de nuestras transposiciones normativas, calificando a la legislación española en este ámbito de «legislación colonial», señalando que «la reforma de 1992 responde a un significativo cambio de la política criminal española respecto a las demandas internacionales en materia de tráfico de drogas: Si bien es cierto que la reforma de 1988 estaba impulsada por un desmedido afán de granjearse la estimación de los organismos internacionales, lo que llevó a nuestro legislador a pretender incorporar los contenidos de la Convención de las Naciones Unidas antes incluso de que ésta hubiera sido aprobada, lo que sucede en 1992 es algo muy distinto: Ya no se trata de asumir sin reservas las propuestas internacionales, sino de una absoluta renuncia a cualquier intento de utilizar los conceptos jurídicos propios de nuestro ordenamiento e incluso del ámbito jurídico europeo al que pertenecemos (...). Estamos, de modo evidente por lo que se refiere a las conductas que castigan el blanqueo de capitales, ante una transcripción prácticamente literal de los preceptos de la Convención (...), que ignora cualquier construcción jurídica ya existente en nuestro ordenamiento penal que pudiera atender a las conductas que se quieren incriminar (...), y si se está de acuerdo en entender por «colonización jurídica» el proceso por el que un determinado Estado incorpora a su ordenamiento sus compromisos internacionales de un modo mecánico sin molestarse en lograr su adecuada integración en su peculiar configuración constitucional y legalidad ordinaria podemos decir sin ambages que la legislación penal sobre blanqueo (...) es una legislación colonial» («El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español», en *AP*, nº 32, 1994, págs. 601-602)

En el mismo sentido, *vid.*, entre otros, Abel Souto, M., «Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa penal española contra el blanqueo», en *La expansión penal del blanqueo de dinero*, Tomo I, págs. 20 y ss.; Álvarez Pastor, D. y Eguidazu Palacios, F., *La prevención...*, cit., págs. 266-267; Fabián Caparrós, E.A., «Consideraciones de urgencia sobre la Ley orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código penal y de la Ley de enjuiciamiento criminal en materia de tráfico de drogas», en *ADPCP*, Tomo XLVI, Fascículo II, 1993, pág. 616; Gómez Iniesta, D. J., *El delito...*, cit., pág. 44; González Cussac, J.L., «Delitos...», cit., págs. 505-506.

58. Art. 6.2 b).

59. En este sentido señala Quintero Olivares que «los acuerdos internacionales para la lucha contra la criminalidad organizada y contra la corrupción aconsejan u ordenan a los legisladores intervenciones contundentes sobre los bienes de los responsables de delitos, intervenciones que van desde el comiso y la restitución de lo adquirido sin título, hasta la incriminación directa de la tenencia injustificable de bienes (...), cristalizando en dos líneas de actuación legislativa penal: en la persecución del dinero procedente de los delitos, incluso si ha sido transferido o entregado a otra persona, y, paralelamente, en la incriminación del blanqueo y de todas las conductas que intencionadamente o por negligencia lo puedan facilitar, siguiendo una línea política criminal que persigue entre otros objetivos tipificar como delito el simple hecho de poseer bienes sabiendo que tienen origen en una actividad delictiva» («Sobre la ampliación...», cit., r2-2).

60. Entre otros muchos, *vid.* Blanco Cordero, I., *El delito...*, cit., págs. 603-604; Ferré Olivé, J. C., «Política criminal europea en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo», en M. Abel Souto y N. Sánchez Stewart (coords.), *I congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*,

Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 247 y ss.; Guinarte Cabada, G., «La política criminal de la Unión Europea en materia de blanqueo de capitales. Especial referencia a las nuevas propuestas de directivas de 2013», en M. Abel Souto y N. Sánchez Stewart (coords.), *IV congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 245 y ss.; Abel Souto, M., «La expansión...», cit., del mismo, «Década y media...», cit.

61. Entendemos el término posesión en el sentido de tener una cosa o ejercer una facultad con independencia de que se tenga o no derecho a ella. Y utilizar como aprovecharse de algo, emplear útilmente algo, hacerlo provechoso o sacarle el máximo rendimiento (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española).

62. Cfr., por todos, Blanco Cordero, I., *El delito...*, cit., págs. 562 y ss.

63. También se incluyen la posesión y utilización de los bienes como formas de blanqueo de capitales en el §261.2 StGB (sobre la regulación alemana, *vid.*, recientemente, Sánchez Robert, M. J., «La tipificación del delito de blanqueo de capitales en los ordenamientos jurídicos español y alemán. El expansionismo del Derecho penal y el autoblanqueo», *Cuadernos de Política Criminal*, número 119, II, época II, septiembre 2016). De forma distinta, el artículo 648 bis del codice penale no las tipifica de forma expresa, sancionando como modalidades de conducta la sustitución, la transferencia de dinero, bienes u otras utilidades provenientes del delito, y la realización de otras operaciones con relación a los mismos, adecuadas para obstaculizar la identificación de su origen ilícito (Cupelli, C., «El reciclaje en el Código Penal italiano», en M. Abel Souto y N. Sánchez Stewart (coords.), *IV congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 203 y ss.).

64. *Vid.* Blanco Cordero, I., *El delito...*, cit., págs. 570 y ss.; Abel Souto, que con minuciosidad máxima reproduce los calificativos asociados a la reintroducción de la posesión y utilización de los bienes como formas de blanqueo («La reforma penal, de 22 de junio de 2010, en materia de blanqueo de dinero», en M. Abel Souto y N. Sánchez Stewart (coords.), *II congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 81 y ss.).

65. Entre otros, Castro Moreno, A., «Reflexiones...», cit., pág. 4.

66. Prescindo del análisis de la problemática de si la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes, o de ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, vincula a todas las conductas típicas del art. 301.1 del C.P. dada su amplitud y complejidad, excesiva del objeto de este trabajo, aunque, no obstante, sí debo precisar que me adhiero a la corriente de opinión que limita la exigencia de las mencionadas finalidades tan solo al segundo grupo de conductas especificadas en el citado precepto, enlazándolas, por tanto, únicamente con las conductas consistentes en la “realización de cualquier otro acto”, distinto de los primeramente citados (adquiera, posea, utilice, convierta o transmita bienes).

67. Tampoco existía obligación expresa al respecto en las Directivas, tal y como señalamos con anterioridad, aunque sí un propósito más amplio de tipificación que abarcaba la posesión y utilización de los bienes como formas de blanqueo (*vid. supra*).

68. *Vid. supra*.

69. Tanto en el texto fundamental vienés como el resto de convenios y convenciones posteriores, *vid. supra*.

70. Por todos, Blanco Cordero, I., *El delito...*, cit., págs. 570-571. En sentido contrario, considerando que la introducción de estas conductas responde a las obligaciones contenidas en la normativa supranacional, *vid.* Faraldo Cabana, P., «Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales», *EPC*, (34), 2014, pág. 59.

71. Como el de lesividad.

72. Entre otros, Abel Souto, M., *Normativa...*, cit., págs. 86-87; Blanco Cordero, I., *El delito...*, cit., pág. 570-571; Del Carpio Delgado, J., «La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales», *Revista General de Derecho Penal*, 15, 2011, pág. 18; Vidales Rodríguez, C., *El delito...*, cit., pág. 11; Gómez Rivero, C., «La recuperación de activos procedentes del delito: ¿hacia el delito de enriquecimiento ilícito?», *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 121, I, Época II, mayo 2017, pág. 44. En el mismo sentido, el propio CGPJ en su informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Reforma del Código penal señala que «cuando el Anteproyecto de 2008 pretende sancionar a quien simplemente posee o utiliza los bienes conociendo su origen delictivo (incluso por imprudencia grave), no está incriminando conductas que resulten propiamente de blanqueo, ya que las conductas de poseer o utilizar no suponen necesariamente actos de disimulo del origen de los bienes, porque no comportan, si quiera, un cambio de titularidad real o aparente, como podría suceder en la modalidad de adquisición», añadiendo que, de cualquier forma, «y, en todo caso, si se considera que la posesión o utilización de los bienes por terceras personas ajenas al delito del que provienen son conductas que contribuyen a ocultar o a encubrir el origen ilícito de aquéllos, es obvia la inutilidad de las nuevas modalidades de la acción típica, ya que el artículo 301.1 incrimina expresamente la realización de «cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito».

73. Quintero Olivares, G., «Sobre la ampliación...», cit., r2-8.

74. En este sentido, *vid.*, entre otros, Blanco Cordero, I., *El delito...*, cit., pág. 566-567; Del Carpio Delgado, J., «Sobre la necesaria interpretación y aplicación restrictiva del delito de blanqueo de capitales», *InDret*, Barcelona, octubre 2016, pág. 17; Castro Moreno, A., «Reflexiones...», cit., pág. 1388; Fernández Teruelo, J., «El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales (los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas)», *La Ley*, 2011, págs. 4 y ss.; Díaz-Maroto y Villarejo, J., «El blanqueo de capitales», en el mismo (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Cívitas, Madrid/Pamplona, 2011, págs. 464 y ss.; Berdugo Gómez de la Torre, I., y Fabián Caparrós, E., «La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español», *La Ley*, 2010, pags. 11 ss.; Manjón-Cabeza Olmeda, A., «Ganancias criminales y ganancias no declaradas. (El desbordamiento del delito fiscal y del blanqueo)», en F. Javier Álvarez García, M. Ángel Cobos Gómez de Linares, P. Gómez Pavón, A. Manjón-Cabeza Olmeda, y A. Martínez Guerra (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 670. En contra, *vid.*, entre otros, Faraldo Cabana, P., «Antes y después...», cit., págs. 62 ss.; De Alfonso Laso, D., «La modificación del delito de blanqueo de capitales, arts. 301 y 302», en G. Quintero Olivares (dir.), *La Reforma Penal de 2010*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pág. 254; Hurtado Adrián, A., «Blanqueo de capitales. (Art. 301.1)», en A. Juanes Peces (dir.), *Reforma del Código penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley orgánica 5/2010 de 22 de junio. Situación jurídico-penal del empresario*, El Derecho, Madrid, 2010, págs. 249 ss.

75. A diferencia de lo que ocurre en la receptación y encubrimiento.

76. En sentido crítico con esta posibilidad, entre otros, Blanco Cordero, I., *El delito...*, cit., pág. 572; Manjón-Cabeza Olmeda, A., «Receptación y blanqueo de capitales (arts. 301 y 302)», en J. Álvarez García y J. L. González Cussac (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 343; Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal de 2008; Castro Moreno, A., «Reflexiones...», cit.; Quintero Olivares, G., «Sobre la ampliación...», cit., pág. r2:10.

77. Haciendo una interpretación restrictiva del tipo, desde la óptica del principio de ofensividad, Abel Souto, señala que debe descartarse la tipicidad de ciertas conductas insignificantes, como la del trans-

portista que hace la mudanza de un famoso traficante de drogas, o la del trabajador de un garaje que custodia el vehículo de dicho narcotraficante, exigiendo una entidad relevante del valor de los bienes. También propone aplicar una limitación teleológica, exigente de idoneidad en los comportamientos para incorporar capitales ilícitos al tráfico económico (Cfr. «Las reformas penales de 2015 sobre el blanqueo de dinero», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19-31, 2017, pág. 18, del mismo, «La expansión...», cit., pág. 9). En la misma línea, *vid.* Calderón Tello, L. F., *El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y la receptación*, Aranzadi, Pamplona, 2016, pág. 361.

78. Cualquiera que sea la opción mantenida al respecto del bien jurídico protegido en el delito de blanqueo, que por exceder del objeto del trabajo no vamos a valorar.

79. Tampoco faltan otros ejemplos de aplicación excesiva que podrían llevar a sancionar a comerciantes, profesionales..., y a todo aquél que acepte pagos en metálico (dinero) de un narcotraficante (Cfr., Abel Souto, M., «La reforma...», cit., págs. 81 y ss.).

80. Por todos, Blanco Cordero, I., *El delito...*, cit., págs. 570-571. En contra, *vid.*, entre otros, Faraldo Cabana, P., «Antes y después...», cit., pág. 59.

81. Cuando se realizaran con la finalidad de ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos.

82. Entre otros, Abel Souto, M., «Las reformas...», cit., pág. 20; Palma Herrera, J.M., *Los delitos de blanqueo de capitales*, Edersa, Madrid 2000, págs. 350 y 351; Blanco Cordero, I., *El delito...*, cit., pág. 588; Aránguez Sanchez, C., *El delito...*, cit., págs. 184-185, y 248; Del Carpio Delgado, J., «Sobre la necesaria...», pág. 11; Ragués i Vallès, R., «Lavado de activos y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de lavado», en C. Roxin, *Homenaje. Nuevas formulaciones en las Ciencias penales*, Lerner, Universidad Nacional de Córdoba, 2001, pág. 625; Terradillos Basoco, J.M., «El delito de blanqueo de capitales en el Derecho español», en R. Cervini, J. D. Cesano y J. M. Terradillos, *El delito de blanqueo de capitales de origen delictivo. Cuestiones dogmáticas y político-criminales. Un enfoque comparado: Argentina-Uruguay-España*, Alveroni, Córdoba (República Argentina), 2008, págs. 240 y 263.

83. Blanco Cordero, I., *El delito...*, cit., págs. 570-571. *Vid.*, asimismo, el Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal de 2008.

84. La 2005/60/CE, en su relación con la 2006/70/CE.

85. *Vid. supra*.

86. Abel Souto, M., «La reforma... ..», cit., pág. 85.

87. Third Mutual Evaluation Report on anti-money laundering and combating the financing of terrorism. Spain, 2006.

88. Por todos, Abel Souto, M., *Ibidem*; Blanco Cordero, I., *El delito...*, cit., págs. 568-569, del mismo, «El delito fiscal...», cit., pág. 40.

89. *Vid.*, el contenido del § 87, del Third Mutual Evaluation Report on anti-money laundering and combating the financing of terrorism. Spain, 2006, cuando señala que *en general el blanqueo de dinero está criminalizado sobre la base de las convenciones de Viena y de Palermo. Sin embargo, no todos los requisitos relevantes establecidos en estas convenciones parecen haberse implementado en el artículo 301 CP. En particular, el tenor literal del art. 301 CP no establece que la "posesión o uso" de los productos del delito también constituya blanqueo de dinero (como lo exige el artículo 3 (1) (c) (1) de la Convención de Viena y el Artículo 6 (1) (b) (i) de la Convención de Palermo), ni tampoco existe en el artículo 301 CP, como vía alternativa para*



incluir “posesión y uso”, una lista abierta de modos de tratar los productos del delito que pudiera incluir la posesión y el uso en toda la extensión requerida por las citadas convenciones. Es cierto que cuando la posesión o el uso de los productos del delito suponga esconder u ocultar la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, derechos sobre los bienes o la propiedad de los mismos, la base legal necesaria si se encuentra en el artículo 301 (2) CP. Y cuando la posesión o el uso puedan considerarse como un acto llevado a cabo “para ocultar o encubrir” el origen ilícito de los bienes blanqueados o para “ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos”, la base legal necesaria está en el Artículo 301 (3) CP. Sin embargo, cuando no sea éste el caso, el tenor literal del Artículo 301 CP no tipifica la posesión o el uso. Por lo tanto, parece que el Artículo 3 (1) (c) (1) de la Convención de Viena y el Artículo 6 (1) (b) (i) de la Convención de Palermo no se han incorporado por completo en España. Esto es así a pesar de la existencia de ciertas resoluciones del Tribunal Supremo español que podrían hacer pensar que el artículo 301 CP puede ser interpretado en la práctica de modo muy amplio por lo que respecta a las acciones que debe haber llevado a cabo el autor sobre los productos del delito.

90. En este sentido, *vid.* Blanco Cordero, I., *El delito...*, cit., págs. 568-569.

91. «Ocultar o encubrir» el origen ilícito de los bienes blanqueados o para «ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos».

92. A favor de la aplicación del autoblanqueo se manifestaban, entre otros, Aránguez Sánchez, C., *El delito...*, cit., pág. 174 y ss.; Campos Navas, D., «Lavado de dinero y delito fiscal. Posibilidad de que el delito fiscal sea el delito precedente al de blanqueo», *Diario la Ley*, nº. 6383, Sección Doctrina, Ref. D-295, 21 diciembre 2005, págs. 9 y ss.; Del Carpio Delgado, J., *El delito de blanqueo de bienes en nuestro Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 225 y ss.; de la misma, «La posesión...», cit., pág. 15; Fabián Caparrós, E.A., *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, 1998, P. 534; Gómez Benítez, J. M., «Reflexiones...», cit., pág. 10.

93. *Vid.*, especialmente, las SSTS 1293/2001, de 28 de julio (Fundamento jurídico Decimotercero), y la 1597/2005 de 21 de diciembre (Fundamento jurídico cuarto).

De modo distinto, también existía una corriente jurisprudencial desfavorable a la aplicación del autoblanqueo de capitales con argumentos dispares, como, por ejemplo, la STS 1584/2001, de 18 de septiembre (Fundamento jurídico Décimo); la STS 94/2006, de 10 de febrero (Fundamento jurídico Séptimo); la STS 550/2006, de 24 de mayo (Fundamentos jurídicos Undécimo y Decimotavo); la STS 1637/1999, de 10 de enero de 2001 (Fundamento jurídico Segundo); o la STS 1071/2005, de 30 de noviembre (Fundamento jurídico Segundo).

94. La fórmula legislativa del art. 301 C.P. ya fue calificada de «cajón de sastre» (entre otros, Zaragoza Aguado, J. A., «El blanqueo...», cit., pág. 1421) o «agujero negro» capaz de devorar cualquier conducta que a él se aproxime (Fabián Caparrós, E. A., *El delito...*, cit., pág. 379).

95. Aunque el texto legal enlazaba —y enlaza— la realización de *cualquier otro acto* con la finalidad de *ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes blanqueados, o de ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos*, cuando nos encontramos con la ejecución de esta conducta por el autor o participe del delito principal entendemos que debe limitarse su posible realización a la finalidad de ocultar o encubrir su origen ilícito, ya que la conducta consistente en la *realización de cualquier otro acto* —distinto de la adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de los bienes— *para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos*, si eres tú mismo el que la realizas para ayudarte a ti mismo, que eres la persona que ha participado en la infracción o infracciones previas, supone un contrasentido legal (Matallín Evangelio, A., «El “autoblanqueo” de capitales», *Revista General de Derecho penal*, 20 (2013), pág. 19; Campos Navas, D., «Lavado...», cit.; Fabián Caparrós, E., «El delito...», cit., pág. 405).

96. Entre otros, Manjón-Cabeza Olmeda, A., «Receptación...», cit., pág. 344; Matallín Evangelio, A., *Ibidem*, pág. 20.

97. Como hemos dicho, *vid. supra*, nota 93.

98. Blanco Cordero, I., *El delito...*, cit., pág. 642; Díaz y García Conlledo, M., «El castigo del autoblanqueo en la reforma penal de 2010. La autoría y la participación en el delito de blanqueo de capitales», en *III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de dinero*, M. Abel Souto y N. Sánchez Stewart, Valencia, 2013, pág. 283; Berdugo Gómez de la Torre, I., y Fabián Caparrós, E., «La “emancipación”...», cit., pág. 1921.

99. A pesar de la inexistencia de obligación supranacional vinculante que impusiera la tipificación del autoblanqueo en nuestro ordenamiento.

100. En el ordenamiento jurídico alemán se consagra la impunidad del autoblanqueo de capitales en el § 261.9 StGB. No ocurre lo mismo, sin embargo, en Italia, donde tras la reforma operada por la *Legge* 186, de 15 diciembre de 2014, en vigor desde el 1 de enero de 2015, se ha introducido expresamente la figura del autoblanqueo de capitales en el artículo 648 ter.1, si bien excluyendo la punición del *autoriciclaggio* cuando la conducta del sujeto se limite a la mera utilización o disfrute personal del dinero, los bienes o de los beneficios derivados del delito.

101. Cfr. Informe realizado sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal

102. De ilegitimidad del autoblanqueo por posesión o utilización de los bienes procedentes del delito patrimonial o socioeconómico.

103. De blanqueo por posesión y utilización, se entiende.

104. Entre otros, Blanco Cordero, I., «El delito...», cit., pág. 41; Del Carpio Delgado, J., «La posesión...», cit., pág. 10; Fernández Teruelo, J., «El nuevo...», cit.; Corcoy Bidasolo, M., «Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales», en S. Mir Puig, M. Corcoy Bidasolo y J. C. Hortal Ibarra (coords.), *Constitución y sistema penal*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2012, págs. 169-170; Matallín Evangelio, A., «El autoblanqueo...», cit.; Vidales Rodríguez, C., «Blanqueo...», cit., p. 17.

105. *Vid.*, entre otras, SSTS 858/2013, de 19 de noviembre; 5075/2014, de 26 de noviembre; 3939/2014, de 15 de octubre.

106. Como por ejemplo la STS núm. 1080/2010, de 20 de octubre, que expresamente señala «sobre la cuestión planteada de si es cualquier acto de “adquisición, conversión o transmisión” del bien de ilícito origen un comportamiento típico o, como para los demás actos a que se refiere el apartado 1 del artículo 301, se requiere también, para que la adquisición, conversión o transmisión sea típica, que se ordene por los autores a las finalidades antes indicadas —ocultar o encubrir ese origen ilícito, o que el partícipe en el origen ilícito eluda las consecuencias legales de su acto—. Es decir, si una adquisición o transmisión de un bien generado en un delito es en sí mismo un acto “neutro” que requiere aquella doble eventual finalidad de ocultación de la ilicitud o ayuda a elusión de consecuencias para adquirir relevancia típica (...), y «para responder a la cuestión la forma de expresarse el apartado 1 del artículo 301 del Código Penal suscita dudas. La posición de la coma después de la palabra delito, separando, por un lado, los actos de adquirir, convertir y transmitir, de, por otro lado, cualquier otro acto, parece sugerir que la exigencia de las citadas finalidades se contrae exclusivamente a los actos que sean diversos de aquellos que consisten en adquirir convertir o transmitir. Lo que implicaría que cualquier entrega de dicho bien sería siempre, supuesto el elemento subjetivo de la consciencia o la temeridad en la imprudencia, un delito de blanqueo (...), concluyendo que «no parece que tal sea la voluntad legislativa al tipificar este delito de blanqueo (...), exigiendo finalmente y por tanto la exigencia de la

doble finalidad de ocultar o encubrir o de ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos (fundamento jurídico décimo cuarto). En el mismo sentido, *vid.*, entre otras, la STS núm. 884/2012, de 8 de noviembre o —aunque de manera menos clara— la núm. 313/2010 de 8 abril.

107. *Vid.*, entre otras, SSTS 653/2015, de 3 de noviembre de 2015; 165/2016, de 2 de marzo; 331/2017 de 10 de mayo.

108. Y también convertir o transmitir, ya que extienden las finalidades típicas a todas las conductas del art. 301.1 CP.

109. Específicamente señala que «no nos encontramos ante dos grupos de conductas distintas, las de mera adquisición, posesión, utilización conversión o transmisión de bienes procedentes de una actividad delictiva, conociendo su procedencia, y las de realización de cualquier otro acto sobre dichos bienes con el objeto de ocultar o encubrir su origen ilícito, lo que conduciría a una interpretación excesivamente amplia de la conducta típica, y a la imposibilidad de eludir la vulneración del principio *non bis in idem* en los supuestos de autoblanqueo. Por el contrario, el art 301 CP solo tipifica una modalidad de conducta que consiste en realizar actos encaminados en todo caso a ocultar o encubrir bienes de procedencia delictiva, o a ayudar al autor de esta actividad a eludir la sanción correspondiente. Con esta interpretación, más restrictiva, evitamos excesos, como los de sancionar por autoblanqueo al responsable de la actividad delictiva antecedente, por el mero hecho de adquirir los bienes que son consecuencia necesaria e inmediata de la realización de su delito. O la de considerar blanqueo la mera utilización del dinero correspondiente a la cuota impagada en un delito fiscal, para gastos ordinarios, sin que concurra finalidad alguna de ocultación ni se pretenda obtener un título jurídico aparentemente legal sobre bienes procedentes de una actividad delictiva previa, que es lo que constituye la esencia del comportamiento que se sanciona a través del delito de blanqueo. La finalidad de encubrir u ocultar la ilícita procedencia de los bienes o ayudar a los participantes del delito previo, constituye, en consecuencia, un elemento esencial integrante de todas las conductas previstas en el art. 301.1 C. P. Esta conclusión se justifica porque el blanqueo pretende incorporar esos bienes al tráfico económico legal y la mera adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión constituye un acto neutro que no afecta por sí mismo al bien jurídico protegido» (fundamento jurídico noveno).

110. Cfr., por todos, Blanco Cordero, I., *El delito...*, cit., 659.

111. Ni tampoco en las de blanqueo de tercero. En este sentido, *vid.*, por todos, Abel Souto, M., “Conductas típicas de blanqueo en el ordenamiento penal español”, en M. Abel Souto y N. Sanchez Stewart, *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág 175-247, pág. 187 y 325; del mismo, «La reforma...», cit., págs. 85-86; Blanco Cordero, I., *El delito...*, cit., pág. 603; Vidales Rodríguez, C., *El delito...*, cit., págs. 96-97; Gómez Inieta, D.J., *El delito...*, cit., pág. 49; Aránguez Sánchez, C., *El delito...*, cit., págs. 219-220.

En contra, entre otros, Gómez Benítez, J. M., «Reflexiones...», cit., págs. 11 y ss.; Faraldo Cabana, P., «Antes y después...», cit., págs. 62 y ss.; Del Carpio Delgado, J., «Sobre la necesaria...», cit., pág. 11; Lascuráin Sánchez, A., «El blanqueo: concepto y lesividad», *R.I.T.I.* nº 3 enero-abril 2017, pág. 4.

112. *Vid.*, entre otros, Castro Moreno, A., «Reflexiones...», cit.; Díaz y García Conlledo, M., «El castigo...», cit., pág. 290; Manjón-Cabeza Olmedo, A., «Receptación...», cit., pág. 344; y especialmente, *vid.*, asimismo, el Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal de 2008, pág. 123.

113. Sobre la problemática tipicidad de la posesión y utilización de los bienes derivados del delito por posible vulneración de principios penales, *vid.*, extensamente, Matallín Evangelio, A., «El autoblanqueo...», cit. *Vid.*, asimismo, entre otros, Vidales Rodríguez, C., «Blanqueo...», cit., pág. 14; Blanco Cordero, I., *El delito...*, cit., págs. 20 y ss.; Díaz y García Conlledo, M., *Idem*. Como propuesta de «*lege ferenda*», ante

la problemática punición del autoblanqueo en nuestro ordenamiento, Blanco cordero propone «volver a la situación anterior, esto es, que solo se castiguen como blanqueo aquellas conductas que se realicen con la intención de ocultar o encubrir el origen de los bienes» (*Ibidem*, pág. 659).

**Fecha de recepción: 19 de septiembre de 2018.**  
**Fecha de aceptación: 8 de noviembre de 2018.**





# TEMAS DE HOY

Justicia administrativa y medios alternativos de resolución de conflictos: ¿utopía o realidad?

*Carla Esplugues Barona*

La tutela del derecho fundamental a un recurso efectivo a la luz de la directiva 2013/32/EU: reflexiones sobre el asunto *N.D. y N.T. vs.*

*España*

*Francesca Tassinari*

JUSTICIA ADMINISTRATIVA Y MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE  
CONFLICTOS: ¿UTOPIA O REALIDAD?  
ADMINISTRATIVE JUSTICE AND ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTIONS METHODS:  
UTOPIA OR REALITY?

*Carla Esplugues Barona*

*Doctora en Derecho*

RESUMEN

En contraste con la fascinación creciente por las denominadas *Alternative Dispute Resolution* o ADR, es decir, los medios alternativos no judiciales ni jurisdiccionales de resolución de conflictos (mediación, conciliación y arbitraje), el Derecho administrativo se presenta como un ámbito jurídico repleto de obstáculos frente a las mismas, no solo por la naturaleza indisponible de las materias administrativas y la especial posición de la Administración frente a los ciudadanos, sino también por la tradicional negación de cualquier posibilidad de someter la actuación administrativa al control de un tercero distinto a un juez. Pese a ello, el tradicional sistema de Justicia Administrativa caracterizado por la doble vía administrativa y contencioso-administrativa se aboga insuficiente para dar una solución ágil y adaptada a los conflictos administrativos actuales, conflictos marcados por el enorme cambio social acontecido durante el siglo XX y las mutaciones de las propias estructuras administrativas. Desde hace algunas décadas se han venido incorporando en las normas administrativas y procesales modelos de consenso, pactos, acuerdos, mediaciones y arbitrajes. Sigue siendo un sistema (ADR) todavía incipiente en Derecho administrativo; siguen existiendo límites y restricciones a los mismos, pero su presencia es una realidad. Queda un largo camino en la capacitación de los nuevos protagonistas, en el diseño de los modelos de ADR, incluido el arbitraje, si bien ha dejado de ser un componente ajeno a la Justicia Administrativa.

PALABRAS CLAVE

Justicia administrativa, Derecho administrativo, ADR.

ABSTRACT

Administrative Law remains one of the few legal areas in which the role played by *Alternative Dispute Resolution* (ADR) is still limited. Despite the growing role played by ADRs tools in many legal sectors across the world, Administrative Law is still plenty of obstacles as regards to its use in this important area. The specific nature of Administrative law and of the Administration, the non-disposable nature of administrative matters, the special nature of the relationship between the Administration and citizens as well as the traditional opposition to/negation of the possibility to review the activity of the Administration to third persons other than judges underline this negative attitude towards the use of ADRs in this field. However, the traditional way to solve administrative disputes through the double option of claiming before the Administration itself or referring to State courts is becoming insufficient. In so far it is considered that they are unable to afford a sound, flexible and quick response to this category of disputes, characterized by its growing number and complexity and by the changes undergone in society and the administrative structures. This inability to grant timely, certain and affordable relief to citizens, is favoring a change in the traditional attitude maintained towards ADRs and fosters the use in some jurisdictions of certain ADRs mechanisms —consensus, negotiation, mediation, arbitration— to tackle administrative disputes. Certainly, its use is still limited. A long way ahead remains, but for the first time the scenario of Administrative justice seems to be changing and ADRs tools are recognized a role to play, although still embryonic, in this specific, complex and evolving area.

KEYWORDS

Administrative Justice, Administrative law, ADR.



# JUSTICIA ADMINISTRATIVA Y MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: ¿UTOPIA O REALIDAD?

Carla Esplugues Barona

Doctora en Derecho  
Abogada

**Sumario:** 1. Consideraciones previas. 2. Histórica negación de la posibilidad de someter los conflictos administrativos a un tercero distinto de un juez. 2.1. Claves para entender el régimen actual de control de la Administración. 2.2. Fortalecimiento de la legitimidad de la Administración Pública, y la eficiencia y eficacia del modelo de Justicia Administrativa. 3. Incorporación de los medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho administrativo. 3.1. Incorporación limitada de las fórmulas ADR. Especial referencia a la mediación. 3.2. Arbitraje. 4. Conclusión. Notas. Bibliografía.

## 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El Derecho ha experimentado una continua evolución a lo largo de la historia; en la modernidad, el Derecho entendido como sistema jurídico se vinculó a la idea de Estado, a sus componentes identificadores y a la creación de unas estructuras que han permitido la confección y ordenación de las reglas sociales. Durante los siglos XIX y XX, ese matrimonio entre el Derecho y el Estado propició una sociedad estructurada y fortalecida.

En ese momento de la historia —especialmente en la Revolución francesa— se produjo igualmente la conformación de lo «público-administrativo». En ella se encuentra el germen y la consolidación del modelo de Administración que dio lugar a la autonomización del Derecho administrativo como rama del ordenamiento jurídico, y con ella, la aparición de la «Justicia Administrativa».

Es cierto que la expresión Justicia Administrativa no ha sido expresamente acuñada en el Derecho administrativo, si bien entendemos que es un concepto idóneo para designar la función de juzgar o resolver controversias (Justicia) relativa a conflictos con la Administración (administrativa) (González Pérez, 1992). Es un concepto que podría ser el género de un conjunto de especies que permiten solventar o resolver los conflictos administrativos.

Y es que la Justicia Administrativa no hace referencia únicamente a la tutela de los tribunales de justicia, sino que se conforma a través de una doble vía: la vía administrativa y la vía judicial. Más allá de ellas, no parecía pensable que hubiera otras instancias que pudieran afrontar los conflictos administrativos. Probablemente, esa inquietud ni tan siquiera se había planteado.

Sin embargo, el tiempo lo ha ido transformando todo, no solo debido a los cambios sociales del último siglo, sino también a las mutaciones de las propias estructuras administrativas. Nos hallamos ante un momento histórico caracterizado por la variación de las relaciones jurídico-administrativas existentes. En este contexto de cambio y de avance, la Administración deja de ser evaluada en términos de mera eficacia formal. Dado que su margen de toma de decisiones se ve ampliado, también se incrementan las opciones para decidir el instrumento de resolución de las controversias más adecuado en cada momento. Surgen, así, el acuerdo y el consenso como complemento de la legitimación aportada por la norma.

En efecto, a comienzos del siglo XXI se produjeron enormes transformaciones sociales y nuevas maneras de diseñar las administraciones. Ello implicó un cambio en las relaciones del ciudadano con la Administración y la búsqueda de nuevas formas de afrontar los conflictos administrativos que fueran capaces de procurar soluciones más ágiles y adaptadas a la realidad social.

Conviene, por tanto, atender, en primer lugar, a la aparición y consolidación de las bases del modelo de Derecho administrativo y su realidad actual, y referirnos, posteriormente, a la posibilidad de incorporar las ADR como medio de resolución de los conflictos entre Administración y ciudadanos en el marco de ese nuevo diseño del Derecho administrativo.

## 2. HISTÓRICA NEGACIÓN DE LA POSIBILIDAD DE SOMETER LOS CONFLICTOS ADMINISTRATIVOS A UN TERCERO DISTINTO DE UN JUEZ

Para poder entender la histórica negación de la posibilidad de someter los conflictos administrativos a un tercero distinto a un juez, es importante considerar, en primer lugar, la conformación de las bases del Derecho administrativo o, lo que es lo mismo, las claves que permitieron configurar esta rama del ordenamiento jurídico y el control de la actuación de la Administración.

## 2.1. CLAVES PARA ENTENDER EL RÉGIMEN ACTUAL DE CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN

A partir de la Revolución francesa, la construcción del Derecho administrativo se basó en diversos conceptos-clave, entre los que destacan dos: *i)* la separación de poderes; y *ii)* el principio de legalidad.

*i)* La separación de poderes es uno de los pilares sobre los que se estructura el Derecho administrativo, dado que sobre ella se configura la necesidad de sistematizar, organizar y regular las estructuras y las relaciones jurídicas que se gestan tanto *ad intra* como *ad extra* de la Administración y, con carácter especial, respecto a los otros poderes del Estado. La separación de poderes se incorporó al artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (DDHC)<sup>1</sup>. Posteriormente, fue incorporada al Decreto de 16-24 de agosto de 1789 y, dos años después, a la primera Constitución francesa, de 3 de septiembre de 1791. En España, su consagración sería más tardía; tuvo lugar en el primer Decreto de las Cortes de Cádiz, fechado el 24 de septiembre de 1810<sup>2</sup>.

Pese a esa declaración formal, la realidad era otra. Ni existía separación de poderes ni, desde luego, un poder judicial independiente. Ni siquiera en la actualidad, pese a la proclamación del principio, existen realmente tres poderes plenamente independientes. En ningún momento se logró o se ha logrado alcanzar un «equilibrio perfecto» entre los poderes del Estado: en la práctica, alguno de ellos siempre ha prevalecido sobre el resto (Muñoz Machado, 2015: 20-23). La doctrina administrativista ha rechazado que la separación de poderes pueda concebirse como una explicación técnica de la especial posición de la Administración frente a los tribunales, debido, en buena medida, al hecho de que no resulta posible afirmar que exista un equilibrio real entre poderes. Al respecto, cabe alegar que la propia existencia de la jurisdicción contencioso-administrativa supone el sometimiento del control de un poder, el ejecutivo, al poder judicial (García de Enterría, 1974: 81-82).

*ii)* El principio de legalidad. El segundo pilar del Derecho administrativo moderno es el denominado principio de legalidad, que implica «primacía de la ley, también superioridad o jerarquía con respecto de cualquier otra clase de norma; explica también la competencia del legislador precisamente para llevar a término regulaciones que afectan los derechos y libertades; y está conectada, igualmente con la idea de habilitación» (Muñoz Machado, 2015: 99). O, lo que es lo mismo, a través del principio de legalidad trata de afirmarse que el Derecho administrativo «es un hijo directo de la consagración del sistema revolucionario del “reino de la ley”, el cual supone la legalización completa de toda la acción del Estado sobre los ciudadanos, a quienes únicamente “en virtud de la Ley” se puede exigir obediencia» (García de Enterría, <sup>2</sup>1996: 40).

Legalidad implica tanto que la Administración está condicionada por la Ley como que está delimitada por la misma. La primera idea nace en los gobiernos asamblearios, en los que la falta de leyes de atribución de poderes suponía que la Administración no podía actuar; la segunda idea surge de las Constituciones francesas de la Restauración, pero también en Alemania, donde la falta de leyes suponía que la Administración podía actuar a su libre albedrío (Cassese, 2014: 342). La función de la ley es, a tenor de lo que estatuye el

artículo 6 de la DDHC, articular las libertades de todos. En este sentido, los individuos no pueden ser libres sin leyes. La construcción revolucionaria no termina ahí. La ley es, además, el único título para poder exigir obediencia a los individuos y así lo establece en el artículo 5 de la arriba citada DDHC de 1789: «Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido y a nadie puede ser forzado a hacer algo que la Ley no ordena».

La técnica de la legalización del poder fue la base sobre la que se formó todo el Derecho público moderno. Podemos hablar, por tanto, de una *juridificación del poder*.

Pero separación de poderes y principio de legalidad no son compartimentos estancos, sino que ambos deben ponerse en relación, y ello por cuanto la ley es el marco de actuación de los poderes del Estado. En efecto, el legislativo promulga, modifica y deroga las leyes, el poder ejecutivo se encuentra limitado por estas y el poder judicial vela por su cumplimiento.

Partiendo de lo expuesto, resulta necesario hacer referencia al modo en que puede efectuarse el control de la actuación de la Administración y a quién puede realizarlo, o lo que es lo mismo, a los cauces y órganos adecuados para llevar a cabo el control y la resolución de los conflictos jurídico-administrativos. No debe olvidarse que la búsqueda de técnicas efectivas de control de la Administración ha sido una constante a lo largo de la historia, proceso que García de Enterría denominó «la lucha contra las inmunidades del poder» (García de Enterría, 1962).

Especial relevancia reviste, en este sentido, el privilegio del que goza la Administración de autotutelarse, esto es, la autotutela administrativa. Si bien fue García de Enterría quien acuñó la noción de *autotutela administrativa*, lo cierto es que la misma no es una creación del Derecho administrativo moderno, sino que trae causa del proceso histórico de transformación de las relaciones entre la Administración y la Justicia.

Lo cierto es que, a día de hoy, la Administración sigue gozando de una especial posición frente a los tribunales. En contraste con la regla general de la *heterotutela* que rige para los particulares, que supone que, para crear, modificar o extinguir una situación jurídica deben recurrir a los órganos jurisdiccionales, la regla general para la Administración es la *autotutela*, es decir, que, salvo previsión expresa en contrario, es ella la que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas unilateralmente, sin necesidad de auxilio judicial.

Legalidad y autotutela no son instituciones antagónicas o principios contradictorios, sino que el privilegio de la autotutela trae causa de la propia legalidad. Mientras la legalidad es el marco en el que debe moverse toda actuación administrativa, la autotutela es un privilegio referido a las relaciones de la Administración con otros sujetos, pero no supone la exclusión del control de los tribunales. Así, la autotutela administrativa se ejerce también con el fin último de defender los intereses generales. La propia singularidad administrativa es la que hace quebrar la heterotutela en la medida en que la Administración, erigida en máximo garante del interés público, es la que mejor lo tutela.

Actualmente, no hay unanimidad doctrinal sobre el mantenimiento de un modelo de autotutela administrativa. Son ya diversas las voces que en la doctrina se vienen pronunciando críticamente en torno a la autotutela de la Administración. Por un lado, pue-

de argumentarse que la extensión generalizada de la ejecutividad automática de los actos administrativos en manos de la Administración es incompatible con los principios constitucionales. Sin embargo, esta reflexión debe ser replicada con la afirmación de que la ejecutividad de los actos administrativos, desprovista de cualquier motivación y utilizable al mero arbitrio de la Administración, en la actualidad se considera ya superada (Betancor, 1992: 432-433).

El Tribunal Constitucional ha reconocido que la autotutela administrativa no es contraria a la Constitución, siempre que respete los derechos fundamentales<sup>3</sup>. Sin embargo, algunos autores como García Macho y Blasco Díaz defienden la necesidad de realizar un análisis de «mayor calado» de la idea de efectividad de la Administración: dado que la autotutela administrativa no está realmente reconocida en la Constitución, debería existir una norma habilitante que estableciera con precisión su contenido material (García Macho y Blasco Díaz, 2005: 295). Si bien ambos autores reconocen que la Administración requiere de autonomía para dar cumplimiento a los intereses generales, entienden que debe hacerlo desde la vinculación plena a la ley y al Derecho.

Una vez expuesto el especial privilegio de la Administración de autotutelarse, analizaremos el segundo nivel de tutela: el control de los actos administrativos por parte de los tribunales de Justicia. Esa doble vía es lo que ha venido caracterizando a la Justicia Administrativa. Ahora bien, la tutela judicial está impregnada por el propio objeto de tutela, que, en el caso del Derecho administrativo, viene condicionado por la autotutela de la Administración. Esta refuerza la idea de superioridad de la Administración frente al administrado.

En este sentido, originariamente la discrecionalidad administrativa estaba excluida del control de la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que se equiparaba a los actos de autoridad o de imperio<sup>4</sup>. La historia política justifica este modelo inicial. Esa equiparación a los actos de autoridad o imperio impedía que pudiera cuestionarse la actuación administrativa (y, por ello, negaba la propia existencia de conflicto administrativo) a través de la tutela judicial. Frente a lo acaecido en Francia con la aparición del *excès de pouvoir*, en nuestro país el sometimiento de la discrecionalidad al control de los tribunales fue bastante más lenta, ya que hasta la aprobación Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 no se extendió el control judicial a las potestades discrecionales de la Administración. En la actualidad, la CE establece en sus artículos 24 y 103.1 que corresponde a los tribunales el pleno control de la actividad administrativa, que, a su vez, está sometida a la ley y al Derecho.

La cuestión de los límites de ese control de la jurisdicción ha dado lugar a importantes debates. Si algunos autores se han mostrado partidarios del control judicial de la Administración como parte del control del propio sometimiento a la ley y al Derecho y del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes (García de Enterría, 1996: 41; Muñoz Machado, 2015: 255), otros se han manifestado a favor de un control de legalidad de la actuación administrativa, pero no de razonabilidad (Parejo Alfonso, 1993: 47).

A nuestro entender, lo que en esencia dispone el artículo 106 de la CE es que ningún ámbito de la actuación administrativa debe quedar exento de control. Durante la modernidad, el control de la actuación administrativa se ha venido realizando a través de la propia Administración (a través de la autotutela) y del control jurisdiccional (poder judicial). Se

trata de dos vías, dos maneras de actuar con principios diversos y consecuencias jurídicas distintas.

En nuestra realidad jurídica, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) reguló este control jurisdiccional. Se trata de una ley que ha sido objeto de numerosas modificaciones a lo largo de sus años de vigencia, la última de ellas mediante un paquete leyes del año 2015<sup>5</sup> orientado a acomodar la jurisdicción contencioso-administrativa a una sociedad en constante evolución. La necesidad de cambio fue subrayada en el «Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción contencioso administrativa» elaborado en el año 2013 por la Comisión General de Codificación (Sección Especial para la reforma de la LJCA)<sup>6</sup>.

La potestad que ejerce la jurisdicción contencioso-administrativa no es ilimitada, sino que se encuentra acotada dentro de unos límites estrictos. Los órganos jurisdiccionales no pueden actuar como una instancia organizativa jerárquicamente superior a la Administración, sustituyendo las decisiones administrativas por otras de diferente contenido. Esta idea se recoge entre otros, en el artículo 71.2 de la LJCA: «Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados».

El modelo heredado del sistema francés se funda en la idea de que el control de legalidad ejercido por los tribunales contencioso-administrativos debe limitarse a un pronunciamiento meramente declarativo sobre la legalidad del acto administrativo que lo confirme o lo anule, pero que no implique una condena a la Administración que le imponga la obligación de actuar en un determinado sentido (Santamaría Pastor, <sup>3</sup>2015: 737). Sin embargo, ocurre con frecuencia que, como consecuencia del proceso contencioso-administrativo, las alternativas disponibles sobre las cuales la Administración pudo elegir en su momento con libertad se ven reducidas, y puede darse el caso de que únicamente quede viva una de las decisiones. Ante este escenario, el juez puede, por pura lógica, incorporar a su fallo esa única solución alternativa (García de Enterría y Fernández, 2011: 508). Más allá de esta excepción, la regla general es que la jurisdicción se limita a identificar aquellos actos disconformes con la legalidad sin proceder a sustituir su contenido. Es más, toda vez el proceso contencioso-administrativo se rige por el principio de oportunidad y el principio dispositivo —su objeto vendrá determinado por las pretensiones de las partes (art. 33.1 LJCA)—, si el recurrente se limita única y exclusivamente a pedir la anulación de un acto administrativo concreto, el juez solo podrá pronunciarse sobre este extremo.

Aunque sin criterios homogéneos, la doctrina ha comenzado a plantearse el equilibrio entre el mayor o menor control judicial de la actuación de la Administración. Si, por un lado, García de Enterría y Fernández defendieron el avance del control judicial de la Administración, incluida la posible sustitución de las decisiones administrativas por las de los tribunales, Parejo Alfonso y Sánchez Morón apoyan la existencia de zonas de independencia de la Administración blindadas a la intervención judicial. Por su parte, Muñoz Machado considera que no es posible defender que la Constitución limite el control judicial de la actividad administrativa ya que ello supondría aceptar que la Administración no está ple-

namente sometida a la ley y el Derecho, lo que sería contrario a los artículos 103.1, 24 y 106.1 de la CE (Muñoz Machado, 2015: 255).

Compartimos esta última interpretación, dado que entendemos que la aplicación del Derecho debe ser homogénea y que la intervención judicial habrá de ser tan extensa como el ordenamiento jurídico permita. Es decir, tal y como se ha expuesto, la Administración está plenamente sometida a la ley y al Derecho y, a su vez, los tribunales se encuentran limitados por las pretensiones de los recurrentes en virtud de lo dispuesto en el ya citado artículo 33 de la LJCA. Por ello, los tribunales podrán entrar a enjuiciar, pero estarán constreñidos por lo que el ordenamiento jurídico y las pretensiones de los recurrentes les permitan (congruencia). La gestión de los intereses públicos y el ejercicio de potestades jurisdiccionales tienen ámbitos de actuación diferenciados y no resulta en modo alguno admisible que se produzcan interferencias entre ambos, pero ello no puede conllevar que se excepcione el control judicial de la Administración fuera de estos límites.

Estas prevenciones respecto a las posibles injerencias del poder judicial en el poder ejecutivo son típicas del continente europeo y derivan de las monarquías absolutistas. Reflejan la crisis de crecimiento de la Administración europea, especialmente en el siglo XX, y el efecto pendular de decrecimiento experimentado en las postrimerías del siglo XX y en el siglo XXI, debido al neoliberalismo y la globalización. A título de ejemplo, en España la necesidad de articular un control judicial de la actuación administrativa emerge como consecuencia de la configuración política del Estado<sup>7</sup> moderno, especialmente desde la transformación del régimen político del siglo XIX —un sistema individualista y liberal para el que el administrado se concebía como un individuo aislado frente al Estado y la sociedad como esfera de autonomía privada<sup>8</sup>, dado que los gremios y corporaciones se habían ido suprimiendo— hasta la consolidación, en el siglo XX, del Estado social y democrático de Derecho y, con ella, el paulatino reconocimiento de los denominados derechos sociales en el marco del «constitucionalismo social».

A partir de este desarrollo de cierta estructura de grupo en la sociedad, el Estado tuvo que intervenir progresivamente y de forma más acentuada en la redistribución de los bienes y servicios, ya fueran estos públicos o privados. El nuevo paradigma de Administración Pública asumió los retos del cumplimiento de los objetivos de justicia social del Estado. Esta tarea ha generado transformaciones complejas de la Administración, que ha tenido que centralizar y descentralizar sus funciones y hacer frente a cambios de estructura internos para «reorganizar» el nuevo modelo de Estado. En ese proceso de configuración de nuevos equilibrios también la autotutela se ha visto confrontada con un control judicial propio de un Estado protector.

## 2.2. FORTALECIMIENTO DE LA LEGITIMIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Y LA EFICIENCIA Y EFICACIA DEL MODELO DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Efectivamente, si bien los Estados se han mantenido como estructuras administrativas y de poder, y como elemento de identificación de nacionalidades, la pervivencia de estos

rasgos se ha debilitado; los Estados han perdido parte de la legitimidad que les atribuía el diseño del modelo construido los siglos XVIII y XIX. Precisamente, la irrupción del neoliberalismo supuso la progresiva consolidación de un programa diseñado para «combatir el Estado»; si algunos autores y orientaciones teóricas consideraban necesaria su desaparición a favor del mercado, otros —particularmente aquellos autores encuadrados en la denominado ordoliberalismo (Eucken, 1960: 303)<sup>9</sup>— consideraban necesaria la cooperación entre el Estado y el mercado para transformar la sociedad desde determinadas coordenadas económicas.

En la Europa del siglo XX se produjo un crecimiento desmesurado de la Administración Pública que, en ciertos casos, fue adquiriendo dimensiones desproporcionadas y que, ineludiblemente, propició el aumento de la conflictividad no solo en el plano cuantitativo, sino también en el cualitativo. Además, y especialmente en los últimos tiempos, hemos asistido a lo que Habermas denominó «la debilitación de la esfera de lo público»; la extensión de la esfera de lo público más allá de los órganos del Estado (Habermas, 1973). En el marco del *neoliberalismo*<sup>10</sup>, las facultades reguladoras del Estado se reducen frente al poder del mercado. Aun cuando se haya considerado que en este modelo el Estado pierde el control sobre la economía, ello no es del todo cierto: tal y como han expuesto los autores adscritos al ordoliberalismo, más bien lo que tiene lugar es una reducción de prestaciones sociales por parte del Estado (Fiz Zamudio, 1983).

En esa constante evolución, a partir de los últimos años del siglo XX se produjo el tránsito de una Administración que monopolizaba la regulación y el control de todos los sectores públicos a una nueva visión de Estado en el que este asumía una función diversa, «reguladora», es decir, el Estado «gestor» fue reemplazado por el Estado «regulador» (García Álvarez, 2014). En todo caso, no se trata de fórmulas perfectamente delimitadas y el cambio ha tenido un impacto desigual en las distintas esferas de actividad. La nueva visión implica que el Estado establece los criterios desde el interés público concurrente para dirigir o corregir algunas posibles disfunciones del mercado (entre otros, González-Varas, 2001; y Betancor, 2010), y ello provoca la creación de entes públicos dotados de independencia y neutralidad a los que se les denomina «autoridades u organismos reguladores». Si bien estos entes tienen funciones decisoras que afectan obviamente a la regulación del mercado y a sus operadores —e incluso a los consumidores—, también se les reconoce una función de resolución de posibles conflictos derivados precisamente de la actividad económica de la que ellos, como reguladores, son responsables.

La progresiva disminución de la intervención del Estado afecta a la Administración Pública, exige una reestructuración de las instituciones, una mejora en la capacitación de sus funcionarios y una exigencia de resultados informada por las ideas de eficiencia y eficacia. Se anuda la eficiencia a la modernización de estructuras y a la digitalización administrativa. De ahí que en los últimos tiempos hayamos asistido a la consolidación del expediente administrativo telemático y a la introducción de la máquina inteligente también en algunos ámbitos de la vida administrativa: el proceso es todavía incipiente, pero conocerá una previsible expansión en los próximos años. Esa nueva estructura administrativa, caracterizada por la generalizada implantación de las tecnologías, exige mejores funcionarios,



unos funcionarios eficaces dotados de mayores y mejores competencias en el uso de los instrumentos electrónicos, informáticos y telemáticos que ofrezcan más servicios en menos tiempo y con menor coste para la Administración. Las técnicas administrativas y su nuevo enfoque de funcionalidad modernizada deben ser eficazmente desarrolladas por quienes forman parte del aparato público.

Esta evolución repercute en los sujetos receptores de la actividad de la Administración —los administrados en el siglo XIX, los ciudadanos en el siglo XX y los que en el siglo XXI se convierten en «usuarios» de la Administración. Esos últimos pueden ser personas físicas o jurídicas, privadas o públicas, nacionales o extranjeros. Dado que los receptores de la actuación de la Administración se han multiplicado, siquiera potencialmente, las relaciones jurídicas en las que puede intervenir la Administración también han crecido exponencialmente tanto en los sectores tradicionales como en aquellos que anteriormente no existían. Paralelamente, cuanto más aumentan relaciones con la Administración, mayores discrepancias pueden producirse con la actuación de la misma, dicho esto en el sentido de que las posibilidades de que surjan nuevos y más conflictos que se vehiculan a través de la vía administrativa o del proceso contencioso-administrativo se incrementan.

Este aumento de la complejidad y de la litigiosidad administrativa, que acompaña igualmente a la globalización, no es rentable ni eficiente porque las estructuras de la Administración y los órganos jurisdiccionales no han podido evolucionar al mismo ritmo que la creciente conflictividad administrativa. Asistimos, por ello, a una evolución acelerada de estructuras, organizaciones e instituciones, pero también de funciones y de reparto de las mismas entre los múltiples protagonistas, que propician una transformación de los sistemas jurídicos en general; son estos los que van a legitimar la aparición de nuevos sujetos, nuevas funciones y nuevas consecuencias jurídicas, especialmente cuando el interés público sigue estando presente.

### 3. INCORPORACIÓN DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

El siglo XXI comienza con enormes transformaciones y nuevas formas de afrontar los conflictos administrativos derivadas de las mutaciones en las propias relaciones de las personas con la Administración. La globalización ha generado una nueva sociedad y, con ella, una nueva manera de diseñar las Administraciones. El cambio ha supuesto la aparición de nuevos tipos de conflictos administrativos que reclaman soluciones más ágiles y más adaptadas a la realidad social, una realidad que avanza mucho más rápido que las estructuras del Estado y las normas jurídicas. Baste pensar en la aparición, en el nuevo siglo, de reguladores privados transnacionales y de organismos de naturaleza mixta público-privados que coexisten y conviven con los reguladores nacionales y con los organismos e instituciones supranacionales y que, en este sentido, evidencian la emergencia de escenarios de conflictividad diversos a aquellos que encontraban respuestas en el modelo administrativo clásico.

Todo ello aboca a la búsqueda de nuevos cauces y medios de resolución de los conflictos administrativos que sean capaces de procurar una respuesta ágil y adaptada a la realidad social del momento. Se trata de mecanismos que pueden «desconflictivizar», hacer más ágil a la Administración, evitar la imparable acumulación de expedientes en sede judicial, lo que favorece también el cumplimiento de los criterios de eficacia y eficiencia. Ahora bien, es preciso apuntar que ni dan respuesta a todo ni deben permitirse en todo ni para todo, y que el ordenamiento jurídico no los prohíbe (Moreno Linde, 2016), sino que los va incorporando progresivamente. Esta incorporación y la posible intervención de protagonistas que no son Estado en la solución de los conflictos con la Administración refleja claramente un cambio de identidad del Estado (Esteve Pardo, 2013: 112). Hay quien ve en esta transformación de la Justicia una crisis de la misma, una crisis que no es sino una «crisis de confianza en el Estado» (Parejo Alfonso, 1989: 16). Era previsible que la llamada «crisis de la Justicia» arrastrara tras de sí a la propia Administración Pública<sup>11</sup>, una manifestación de la «crisis» generalizada y en mayúsculas. Precisamente en tiempos de crisis se producen los movimientos, aparecen nuevas ideas y se revisan las estructuras, los modelos y, por supuesto, las normas<sup>12</sup>.

### 3.1. INCORPORACIÓN LIMITADA DE LAS FÓRMULAS ADR. ESPECIAL REFERENCIA A LA MEDIACIÓN

La primera cuestión es determinar por qué en determinado momento comienza a hablarse de mecanismos alternativos para resolver la conflictividad en el ámbito administrativo.

La ubicación de medios alternativos para resolver conflictos en el seno del Derecho público y, específicamente, en el de los conflictos administrativos es cuando menos controvertida. La razón no es otra que la propia naturaleza y la historia de las denominadas ADR, que implica que un tercero ajeno a las partes tenga la posibilidad de resolver los conflictos entre las mismas, conflictos que en este caso afectan a la Administración. Ello supone en toda regla una especie de cesión del poder de control de la Administración y la dejación en manos de un tercero ajeno a la misma la decisión de los conflictos<sup>13</sup>. Obviamente, la animadversión hacia la cesión a un tercero de la resolución de estos conflictos es lo que conllevó la prohibición de transigir, de pactar, de convenir. Con el paso de los años, la prohibición ha ido relajándose y poco a poco las leyes administrativas han ido incorporando esta posibilidad, siempre con el debido cumplimiento de las condiciones legalmente establecidas.

Pues bien, pese a que existen numerosos ejemplos de normas del siglo XIX que reflejan la preocupación del legislador por recurrir a medios alternativos de resolución de conflictos con la Administración, hasta que se aprobó la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) no se incorporó de manera expresa la posibilidad de recurrir a cauces distintos de los ya existentes para resolver los conflictos administrativos. Así, el entonces artículo 88.1 de la LRJPAC (actual artículo 86.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del

Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC)) reconocía la posibilidad de que la Administración celebrase acuerdos, pactos, convenios o contratos tanto con personas de Derecho público como privado.

Por su parte, el artículo 107.2 de la LRJPAC incluyó la posibilidad de sustituir, mediante desarrollo legislativo, los recursos de alzada y reposición por otros procedimientos de impugnación como la conciliación, la mediación y el arbitraje. La virtualidad práctica de este precepto ha resultado ser escasa hasta la fecha; pese a ello, el legislador ha optado por reproducirlo en la actual LPAC.

La cuestión no fue ajena a la polémica doctrinal, derivada de las distintas concepciones de las potestades administrativas públicas. Lo que se buscaba era la interacción entre Administración y ciudadano —es decir, una Administración pactada—, sin que ello afectara al interés público ni al principio de legalidad al que está plenamente sometida la Administración.

La terminación convencional no pretende, por tanto, reconocer a la Administración autonomía de la voluntad, tal y como se conoce en el ámbito privado. Se trata simplemente de una fórmula orientada a evitar posteriores conflictos en sede jurisdiccional que trata de buscar el acuerdo entre las partes y garantizar, a su vez, un mayor grado de cumplimiento de los procedimientos (Ezeizabarrena Saenz, 2003: 253-254). Como hemos expuesto, las negociaciones entre la Administración y los administrados ya existían, pero no contaban con un procedimiento legal. Por tanto, la LRJPAC contribuyó también a procedimentalizar esa contractualización. En todo caso, dicha previsión normativa no deja de ser una norma abierta, sin eficacia directa, que remite en cada caso a la disposición aplicable.

Con esos antecedentes legales —caracterizados por el predominio de la figura de la mediación—, en el marco una sociedad globalizada que aspira a soluciones más ágiles, menos complejas y menos costosas, se abre la posibilidad de iniciar una nueva etapa.

La Directiva 2008/52/CE sobre mediación en materia civil y mercantil excluye de su ámbito de aplicación los «derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes» y añade en su artículo 1.2 que «no se aplicará, en particular, a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (*acta iure imperii*)». Pero que no se aplique la Directiva no significa que no sea posible, sino que la norma en cuestión refiere a asuntos civiles y mercantiles. Sin embargo, la Directiva reconoce que, en asuntos fiscales, aduaneros o administrativos, así como en los de responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana, puede haber mediación *sensu contrario*. Es decir, hay mediación administrativa pero no es objeto ni de la Directiva de 2008 ni de la Ley nacional que desarrolla la misma (la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles). Existe, por tanto, un reconocimiento de «convencionalidad», de «disponibilidad», en ciertos sectores de la Administración que pueden propiciar acuerdos, pactos, transacciones, mediaciones y, por ello, arbitrajes.

No parece, sin embargo, existir un criterio común entre los países de la Unión acerca de las materias que son susceptibles de ser sometidas a un procedimiento de mediación

administrativa. Cabe, no obstante, destacar que el 3 de mayo de 2007 se publicó un texto que, bajo el título «Analysis on assessment of the impact of Council of Europe recommendations concerning mediation»<sup>14</sup>, identificaba como materias susceptibles de mediación los actos administrativos individuales, los contratos, la responsabilidad civil y, en general, las reclamaciones de cantidad.

Lo cierto es que en nuestro país sí existen algunas normas autonómicas que buscan promover el recurso a la mediación en el ámbito del Derecho administrativo. Así, destaca la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria que reconoce que podrán someterse a mediación «las personas, físicas o jurídicas y públicas o privadas», siempre que el conflicto trate de una materia de libre disposición. Y en el mismo sentido, debemos destacar el proyecto de ley de mediación de la Comunitat Valenciana<sup>15</sup>, que en su exposición de motivos alude expresamente a la idoneidad de implementar los procedimientos de mediación en multitud de ámbitos, entre ellos el administrativo.

Este movimiento pro mediación ha encontrado apoyo en el Consejo General del Poder Judicial, que ha venido sosteniendo la necesidad de favorecer la resolución de los conflictos mediante fórmulas que eviten la formalización o la prolongación innecesaria de un proceso judicial<sup>16</sup>. El CGPJ ha trabajado progresivamente en la incorporación de la mediación —tanto la mediación administrativa como la mediación intrajudicial en el proceso contencioso-administrativo por derivación judicial (Etxeberria Guridi, 2016: 332-333)— y ha elaborado un Protocolo de actuación que contempla posible materias derivables a mediación y contiene un esquema de procedimiento que permita garantizar, en su caso, la mediación y los resultados alcanzados en la misma.

La propuesta del mencionado Protocolo de actuación fue el fruto de las reflexiones y conclusiones extraídas en el Seminario sobre mediación contencioso-administrativa celebrado en enero de 2011, en el que se llegó a la conclusión de que cualquier materia amparada en el Derecho administrativo podría ser susceptible de mediación, excepción hecha de aquellas que afectan a derechos fundamentales y al orden público o que perjudiquen a intereses de terceros. Por ello, la propuesta aludía simplemente a un catálogo de posibles materias, sin estipular una lista reglada (Pereira Pardo, Botana Castro y Fernández Muñíos, 2013: 167-168).

En el mismo sentido, el 9 de octubre de 2013 el Consejo General del Poder Judicial emitió el Protocolo de mediación contencioso-administrativa y se pronunció sobre las materias susceptibles (o no) de mediación.

Asistimos en este punto a un contexto peculiar en el que hay suficientes fundamentos legales para justificar la mediación intrajudicial, si bien no existe el soporte jurídico adecuado para desarrollarla, más allá de los proyectos piloto auspiciados por el Consejo General del Poder Judicial, que han supuesto un valioso bagaje para su puesta en práctica. Estos proyectos han enriquecido el panorama en la materia, poniendo de manifiesto que no solo es posible, sino, en muchos casos, conveniente impulsar el consenso, el pacto, el acuerdo, y que lo más adecuado es que la mediación intrajudicial se lleve a cabo a través de un facilitador o un equipo de facilitadores. Cabe destacar el proyecto piloto pionero de mediación intrajudicial en sede contencioso-administrativa llevado a cabo por la Fundación Valsain

en Canarias y posteriormente reproducido en otras Comunidades Autónomas como La Rioja o Cataluña; recientemente, se ha puesto en marcha una iniciativa de mediación intrajudicial en los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

En efecto, el 30 de abril de 2013 la Fundación Valsaín y el Consejo General del Poder judicial suscribieron un Convenio marco pionero para la implementación de la mediación intrajudicial en el ámbito contencioso-administrativo, así como un acuerdo para el desarrollo del proyecto piloto de mediación intrajudicial en la jurisdicción contencioso-administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias. Este proyecto piloto obtuvo resultados positivos, especialmente en los procedimientos de ámbito local relativos a reclamaciones de responsabilidad patrimonial y a expedientes de expropiación forzosa. A la vista de sus resultados positivos, el proyecto se ha extendido a otras Comunidades Autónomas.

En la doctrina administrativa ya hay posiciones pro mediación, aun con los límites propios del ámbito objetivo y subjetivo y asumiendo la situación de desigualdad entre las partes en conflicto como consecuencia, precisamente, de la «prerrogativa administrativa y la relación general y especial de sujeción en la que se encuentran los sujetos privados frente a la Administración»<sup>17</sup>; este elemento debe jugar su papel en el diseño del modelo de mediación administrativa.

Basta acudir a la casuística de situaciones conflictivas en las relaciones de los ciudadanos con la Administración para reparar en que, como apunta Carballo Martínez, «la Administración tiene una presencia exorbitante en la vida pública y en las personas», de manera tal que, efectivamente, debe tratar de asegurar el bienestar a través de la «calidad y eficiencia en la gestión de los servicios públicos» (Carballo, 2013: 3). Por ello, continúa el autor, «la tensión entre servicio público y deberes públicos ciudadanos, junto con la difícil tarea de ponderar derechos e intereses, conduce con frecuencia a un acusado nivel de conflictividad en nuestro sistema de garantías, convirtiéndose la jurisdicción contencioso-administrativa en el enclave ordinario en el que los ciudadanos dirimen sus discrepancias». En ese escenario podemos encontrar numerosas situaciones —muchas de ellas descritas por Carballo— como el silencio administrativo negativo, la inactividad de la Administración, la huida del Derecho administrativo, las situaciones de hecho con efectos jurídicos, la falta de motivación en las decisiones administrativas, la ausencia de transparencia en ciertos casos o, como señala este autor, «las distintas versiones que la potestad discrecional encarna como alternativa a una concurrencia de decisiones posibles desde la perspectiva del Derecho» (Carballo, 2013: 3). En todas estas situaciones se afectan inevitablemente los derechos de los ciudadanos y este es precisamente el marco en el que la mediación podría favorecer el verdadero respeto de lo que la Carta de los Derechos de la Unión Europea (2007/C 303/01) ha denominado, en su artículo 41, el «derecho de buena administración»<sup>18</sup>.

Tendríamos, por tanto, que ubicar la mediación administrativa en el marco del respeto al derecho de los ciudadanos a una buena Administración, una Administración que no se limite a regular mediante normas, sino que brinde también los medios adecuados para que el ciudadano pueda plantear su disconformidad a través de mecanismos alternativos a los

procedimientos administrativo y contencioso-administrativo en un entorno de respeto del principio de seguridad jurídica.

Frente a esta opinión podría sostenerse que el Derecho administrativo ha sobrevivido históricamente sin incorporar la mediación administrativa, ofreciendo el procedimiento administrativo o la jurisdicción contencioso-administrativa para la tutela de los derechos de los administrados, y que, por tanto, la introducción de un modelo consensuado podría frustrar los principios sustanciales del Derecho administrativo. Ahora bien, la mediación administrativa introduce grandes dosis de modulación e interpretación —en un marco de absoluto respeto de la legalidad— de los fines de la Administración, integrando claramente el interés general —finalidad obvia de la Administración— con la buena gobernanza administrativa así como con la necesidad de que, como apunta Gil-Robles, «en la sociedad actual [...] la Administración se convierta en una administración relacional que promueva la confianza de los ciudadanos, escuchando y reconociendo sus diferencias, sin olvidar los intereses público» (Gil Robles, 2012: 40). Con la incorporación de la mediación administrativa trataría de crearse lo que este autor denomina «una relación diferente entre la Administración y la sociedad, un modo de abordar los conflictos que surjan en el diseño y aplicación de las políticas públicas a través del diálogo y la búsqueda de soluciones satisfactorias para las partes implicadas». Es posible caracterizar a la mediación administrativa como una vía para que los conflictos puedan plantearse bajo el paraguas de dos pilares esenciales —la legalidad y la equidad—, pero con una clara vocación de integrar a los ciudadanos en la solución de los conflictos administrativos a fin de lograr el «reequilibrio entre la relación administrativa y la participación ciudadana» (Boumakani, 2003: 884) o de reforzar la confianza del ciudadano en la Administración (Carballo, 2013: 5).

La idea de participación ciudadana casa muy bien en un modelo no litigioso como la mediación, que no solo cumpliría una función de integración de los ciudadanos en la búsqueda de las soluciones a los conflictos jurídicos en los que estuvieran involucrados, sino que también propiciaría una función preventiva de los conflictos entre la Administración y los sujetos afectados por la actuación de esta<sup>19</sup>. Asimismo, permitiría hablar de los dos tipos de mediación: por un lado, la mediación en sede meramente administrativa, que ya estaba amparada por el derogado —pero en aquel momento significativo— art. 107.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, precepto que permitía la sustitución del recurso de alzada y del recurso de reposición por otros mecanismos, entre los que citaba expresamente la mediación (además de la conciliación y el arbitraje), teniendo presente el vigente artículo 86.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (Terminación convencional); por otra parte, la mediación intraprocesal por derivación a mediación desde los órganos jurisdiccionales, en la que la intervención judicial ofrece garantías a efectos de evaluar cuándo será conveniente la misma, aun cuando debiera existir un régimen de autorización en la toma de decisiones de la Administración que faculte a sus representantes legales para allanarse o transigir en sede judicial<sup>20</sup>. A pesar de que no existe una regulación específica en esta materia, los artículos 77, 112 y 114 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común ofrecen una habilitación legal, aunque incompleta, a la misma. A todos estos preceptos hay que añadir la Recomendación R (2009) 1, del Comité de Ministros

del Consejo de Europa, sobre los modos alternativos de resolución de los litigios entre las autoridades administrativas y las personas privadas, norma vinculada a la Recomendación (86)12 del propio Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a determinadas medidas orientadas a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los tribunales. Ambos textos ponen de relieve el impulso realizado desde Europa para la implementación de la mediación en asuntos civiles y mercantiles desde la aprobación de la Directiva 2008/52/CE.

### 3.2. ARBITRAJE

La aprobación de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1992 incorporó la posibilidad de recurrir a otros cauces, entre ellos al arbitraje, para resolver los conflictos con la Administración, aunque, como hemos adelantado, esta previsión ha tenido escasa virtualidad práctica hasta la fecha. Pese a ello, el legislador ha reproducido dicha previsión en la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común de 2015. Por tanto, en la actualidad sí existe en nuestro ordenamiento jurídico una norma que prevé expresamente el recurso al arbitraje en la resolución de conflictos administrativos. Esta norma habilitante ofrece una posibilidad formal de incorporación del arbitraje. Pero no se trata de un arbitraje equivalente a la vía jurisdiccional, sino de un arbitraje alternativo a la vía administrativa que sustituiría a los recursos de alzada o de reposición y cuya decisión sería posteriormente recurrible ante los tribunales de Justicia.

Adicionalmente, conviene destacar que en el año 2001 se presentó un borrador de anteproyecto de ley reguladora del arbitraje administrativo, texto que presentaba una propuesta de regulación de la institución. El borrador encuadraba en el concepto de arbitraje administrativo no solo la vía alternativa a los recursos administrativos, sino también la vía alternativa a los recursos contencioso-administrativos. Es decir, aun cuando partía de la previsión contenida en la LRJPAC, el borrador incorporaba elementos esenciales del arbitraje común, entre ellos el carácter de cosa juzgada del laudo que se dictase. El borrador, empero, no tuvo mayor recorrido.

Debemos plantearnos si es constitucional admitir el recurso al arbitraje en materias de Derecho administrativo. Lo cierto es que, aun cuando referido al arbitraje de Derecho privado, el Tribunal Constitucional no solo ha declarado que el arbitraje es un «equivalente jurisdiccional», sino que también reconoce su compatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva, entendiendo que únicamente pueden considerarse constitucionalmente inadmisibles aquellos obstáculos al enjuiciamiento del fondo de un asunto que sean innecesarios y excesivos y que carezcan de cualquier razonabilidad y proporcionalidad.

Sin embargo, no debe olvidarse que en Derecho administrativo entran el juego los artículos 24, 103 y 106 de la Constitución española a los que ya nos hemos referido. El análisis de las distintas perspectivas doctrinales sobre la compatibilidad de una potencial vía arbitral con dichos preceptos nos ha llevado a concluir que debe primar una lectura extensiva del artículo 106.1 CE de acuerdo con la cual la referencia a los «tribunales» no necesita ser interpretada literalmente, sino que debe entenderse desde la necesidad de con-

trolar la actividad de la Administración sin dejar áreas exentas de control y siempre desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso público y sin dilaciones indebidas. No obstante, también hemos concluido que no es posible aceptar un arbitraje administrativo obligatorio y que es necesario delimitar la arbitrabilidad o no del objeto de la controversia, garantizando en todo momento el respeto al interés público.

Efectivamente, la previsión de la Ley de Procedimiento Administrativo Común constituye una oportunidad, hasta el momento poco aprovechada, de instaurar mecanismos alternativos a los recursos administrativos en las materias que así lo permitan. Dicho arbitraje sería un arbitraje impropio, con las características y principios del procedimiento administrativo que no impide un posterior recurso en sede judicial contra la decisión arbitral —decisión que pone fin a la vía administrativa, pero que no tiene efectos de cosa juzgada—.

El arbitraje podría ser una buena alternativa ante la evidente crisis de los recursos administrativos ordinarios, que actualmente sirven de instancia previa a la vía jurisdiccional, pero no la evitan, y cuyo porcentaje de estimaciones extraordinariamente bajo propicia la desconfianza hacia esta vía.

A diferencia de este modelo arbitral, el verdadero arbitraje de Derecho administrativo, auténtica alternativa a la vía judicial que daría lugar a una decisión con efecto de cosa juzgada, no tiene cobertura en la legislación vigente. Ello no constituye un obstáculo —y así lo hemos expuesto— para predicar su constitucionalidad, circunstancia que permite pensar, siquiera teóricamente, en un hipotético modelo de arbitraje administrativo. Ahora bien, entendemos que dicho arbitraje no puede ser presentado en términos puramente economicistas, puesto que ello llevaría a una desnaturalizada transformación privatista de la Justicia Administrativa que quebraría el fundamento y la naturaleza del sistema administrativo. Esta vía alternativa a la jurisdiccional debería plantearse como un mecanismo que otorgue garantías al ciudadano y una tutela realmente efectiva.

No podría, además, aceptarse su viabilidad con carácter general, ya que implicaría un cambio en la concepción política y una transformación total de la función de la Administración. Priorizar el arbitraje podría aportar indudables ventajas para el ciudadano —principalmente, la rapidez del procedimiento y la especialización de quienes resuelven—, aun a sabiendas de que en otros casos no es ni debería ser la vía más recomendable.

#### 4. CONCLUSIÓN

La irrupción de los medios alternativos de resolución de los conflictos con la Administración es hoy una realidad. Pese a la existencia de referencias concretas en las normas del siglo XIX, lo cierto es que hasta el año 1992 no se incorporó de manera efectiva al ordenamiento la posibilidad de recurrir a estos cauces —mediación, conciliación y arbitraje— como mecanismos sustitutivos de los recursos de alzada y reposición para resolver los conflictos con la Administración.



Actualmente, el arbitraje no goza de ninguna virtualidad práctica en el ordenamiento administrativo —más allá de las previsiones legislativas—, mientras que la mediación administrativa se encuentra más avanzada. Se trata del ejemplo más claro de incorporación de los medios alternativos de resolución de conflictos al Derecho administrativo; de hecho, se han puesto ya en marcha diversos proyectos pilotos para su implantación.

Por lo que respecta al arbitraje, probablemente todavía haya que reflexionar mucho y por largo tiempo sobre las diversas aristas del posible modelo arbitral que permita resolver conflictos de Derecho administrativo: los principios, los procedimientos, los órganos y, fundamentalmente, los efectos jurídicos de la decisión. Todo ello sin olvidar que el arbitraje puede ser un interesante instrumento procesal, pero que no por ello ha de eliminarse la protección que el Estado debe procurar a los ciudadanos bien a través de la ley, bien a través de los tribunales.

Planteamos, por tanto, la incorporación del arbitraje administrativo en dos tiempos o a dos velocidades: un primer momento en el que, aprovechando el artículo 112.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, se lleve a cabo un desarrollo normativo posterior para viabilizar el arbitraje como alternativa a la vía administrativa; la idea de que el arbitraje puede ser una vía eficaz y fiable para la resolución de los conflictos administrativos podría así calar en los operadores jurídicos, la sociedad e incluso la propia Administración. Tras este primer paso, podría llegar a avanzarse hacia el ideal de configuración de un arbitraje administrativo como alternativa a los tribunales de Justicia.

## NOTAS

1. «Una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución».
2. «[...] No conviniendo queden reunidos el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial [...]».
3. Una de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional que marcó un cambio de trayectoria fue la STC 22/1984, de 17 de febrero: «Una vez admitida la conformidad con la Constitución de la potestad administrativa de autotutela, en virtud de la cual se permite que la Administración emane actos declaratorios de la existencia y límites de sus propios derechos con eficacia ejecutiva inmediata, hay en seguida que señalar que la Administración, que, a través de sus órganos competentes, procede a la ejecución forzosa de actos administrativos, tiene en los actos de ejecución que respetar los derechos fundamentales de los sujetos pasivos de la ejecución».
4. En este sentido, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1888 dispuso en su artículo 1: «El recurso contencioso-administrativo podrá interponerse por la Administración ó por los particulares contra las resoluciones administrativas que reúnan los requisitos siguientes: 1º. Que causen estado. 2º. Que emanen de la Administración en el ejercicio de sus facultades regladas. 3º. Que vulneren un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente en favor del demandante por una ley, un reglamento ú otro precepto administrativo» (cursiva mía).
5. Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo; Ley 11/2015, de 18 de junio; Ley 22/2015, de 20 de julio; Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio; Ley 26/2015, de 28 de julio; Ley 34/2015, de 21 de septiembre; Ley 42/2015, de 5 de octubre.

6. Disponible en: <[http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427518528?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DInforme\\_explicativo\\_y\\_propuesta\\_de\\_anteproyecto\\_de\\_ley\\_de\\_eficiencia\\_de\\_la\\_Jurisdiccion\\_Contentioso.PDF&blobheadervalue2=Docs\\_CGC\\_Secciones+especializadas](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427518528?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DInforme_explicativo_y_propuesta_de_anteproyecto_de_ley_de_eficiencia_de_la_Jurisdiccion_Contentioso.PDF&blobheadervalue2=Docs_CGC_Secciones+especializadas)>.

7. Entendido como Estado moderno, dado que, como señala Habermas, en la sociedad europea de la Alta Edad Media «no hay informe que permita hablar de una esfera de lo público como espacio propiamente separado de lo privado [...]. Mientras que el príncipe y sus estamentos son el Estado, en lugar de representar en el sentido amplio y moderno de la palabra, no pueden sino asumir funciones mínimas de representación, ya que ellos representan la dominación, pero no al pueblo frente al pueblo». Los poderes feudales (iglesia, principado y estamentos de los señores), de los cuales dependen en primer lugar la esfera representativa de lo público, se disgregan en un largo proceso de polarización; hasta el final del siglo XVIII se desintegran en elementos privados los unos, y en públicos los otros. Así es como la esfera representativa de lo público retrocede ante la nueva esfera de cada «poder público» naciente con los estados nacionales y territoriales, y con ello se va generando un concepto diverso que va asentando y vinculando lo público al nacimiento de un Estado con equilibrio de poderes (Habermas, 1973).

8. En este Estado liberal el catálogo de derechos fundamentales es un arquetipo y la sociedad es concebida como un espacio autónomo frente a un poder público limitado a funciones mínimas. El interés general, señala Habermas, «pareciera entonces estar garantizado bajo las condiciones de una sociedad de libre circulación de mercancías, pues el intercambio de los hombres privados en el mercado de los poderes sociales y en la esfera de lo público de los poderes políticos, ha sido emancipado» (Habermas, 1973).

9. Eucken defendía el principio de la «interdependencia» entre Estado y el orden económico (*Interdependenz der Ordnungen*), que llevaba a la necesidad de que se mantuviera la libre competencia para que el Estado pudiera fluir y desarrollar sus funciones; sin embargo, consideraba que el Estado había perdido su «autoridad», lo cual no afectaba a la necesidad de que el Estado actuara, siempre que lo hiciera bajo los principios del orden económico.

10. Aun cuando, a juicio de algunos autores, especialmente de la doctrina alemana, el resultado ha sido la configuración de la denominada *economía social de mercado*, que se dirige a alcanzar un equilibrio entre la economía de mercado y los fines sociales del Estado (el ordoliberalismo) (Cárdenas y Teuchler, 1993).

11. «Todo ello se inscribe en la actual crisis de Estado social, con la generalización en la ciudadanía de sentimientos de insatisfacción e inseguridad sobre el actual modelo de desarrollo socioeconómico y, por ende, en las instituciones que lo dirigen, nos hallamos ante una auténtica crisis de confianza del Estado» (Parejo Alfonso, 1989).

12. De ahí la aprobación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que, pese a los esfuerzos, no consiguió todos los resultados pretendidos. No obstante, como era de esperar, los logros alcanzados por la misma también fueron destacados por la doctrina administrativista (entre otros, Arroyo Yanes, 2010: 155).

13. A este respecto sería interesante analizar precisamente las dificultades que tuvo en España la creación de órganos jurisdiccionales unipersonales que pudieran fiscalizar la actividad administrativa, por cuanto en un Estado como el franquista no tenía sentido que los tribunales pudieran controlar la actividad de la Administración; una Administración que se bastaba y servía y que no permitía ni la transparencia ni la revisión de sus decisiones. De hecho, la aparición del orden contencioso-administrativo es el resultado de la negativa al sometimiento de «lo administrativo» a la jurisdicción civil.

14. Disponible en: <[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CEPEJ\(2007\)12&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CEPEJ(2007)12&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6&direct=true)>., p. 170.

15. Disponible en: <<http://www.justicia.gva.es/documents/162330279/165417885/Llei+de+Mediaci%C3%B3%20CAST.pdf/74b36ab1-bfce-41ae-a504-c08ddd5a263>>.

16. Ejemplos de esa búsqueda de fórmulas alternativas se recogen, entre otros, en *Informes y propuestas para la mejora de la Justicia elaborados por el Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas* del año 2011.

17. Así lo afirma de forma clarificadora la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial* (CGPJ, 2013: 168).

18. El art. 41.1 dispone expresamente: «Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable».

19. Como señala la última de las Conclusiones del Seminario La mediación en la Jurisdicción contencioso-administrativa, celebrado en mayo de 2013 en el Consejo General del Poder Judicial: «La mediación administrativa y judicial contenciosa, como institución que promueve el diálogo civilizado, triangular y directo entre los ciudadanos y la Administración para la resolución de sus controversias jurídicas, debe servir para introducir en las prácticas de las Administraciones Públicas los paradigmas de racionalidad, objetividad, transparencia, motivación y eficiencia, que configuran el deber de buena Administración, reconocido como derecho fundamental en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, orientando en este sentido las decisiones de los Tribunales contencioso-administrativos».

20. Conclusión Quinta del Seminario La mediación en la Jurisdicción contencioso-administrativa, dirigido en el por Concepción García Vicario y Gerardo Carballo Martínez y celebrado en el Consejo General del Poder Judicial.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO YANES, Luis Miguel (2010): «La justicia administrativa española y su modernización y mejora a partir de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa», en M. Zambonino Pulito, (dir.), *Sistemas de garantías de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas*, Madrid: Iustel.
- BARONA VILAR, Silvia (2017): *El proceso penal desde la Historia*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2018): *Nociones y principios de las ADR*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- BETANCOR, Andrés (1992): *El acto ejecutivo. Origen y formación de una categoría central del Derecho Administrativo*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- (2010): *Regulación: mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- BOUMAKANI, Benjamin (2003): «La Médiation dans la vie administrative», *Revue du Droit Public*, 3.
- CAILLOSSE, Jacques (1993): «Le manager entre dénégation et dramatisation du droit», *Politiques et management public*, vol. 11.
- CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo (2013): «La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal», *Revista Jurídica de Castilla y León*, 29, enero.
- CÁRDENAS, Julio y Hartmeut TEUCHLER (eds.) (1993): *La economía social de mercado. Un orden económico eficiente con responsabilidad social*, Managua: Konrad Adenauer Stiftung.
- CASSESE, Sabino (2014): *Derecho administrativo: Historia y Futuro*, Sevilla: Global Law Press.

- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2013): *Guía para la práctica de la mediación intra-judicial*, Madrid: CGPJ.
- DELGADO PIQUERAS, Francisco (1995): *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Cizur Menor: Aranzadi.
- DESDENTADO DAROCA, Eva (1999): *La crisis de identidad del Derecho administrativo. Privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ESTEVE PARDO, José (2013): *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Madrid: Marcial Pons.
- ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco, (2016): «La mediación en la Jurisdicción contencioso-administrativa un ámbito de oportunidades», en S. Barona Vilar (dir.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Madrid: Civitas Thomson Reuters.
- EZEIZABARRENA SAENZ, Xabier (2003): «La terminación convencional del procedimiento de evaluación de impacto ambiental», *Revista de Administración Pública*, 160, enero-abril.
- FALCÓN Y TELLA, M. José (2005): *Equidad, Derecho y Justicia*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- FIZ ZAMUDIO, Héctor (1983): *Concepto y contenido de la Justicia Administrativa* [en línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2391/10.pdf>>.
- GARCÍA ALVAREZ, Gerardo (2014): «La Unión Europea como “Estado regulador” y las Administraciones independientes», *Revista de Administración Pública*, 194, mayo-agosto.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo (1962): «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, 38.
- (1974): «La formación histórica del principio de autotutela de la Administración», *Moneda y crédito*, 128.
- (1981): *Revolución francesa y Administración contemporánea y la formación del sistema municipal francés contemporáneo*, Madrid: Taurus.
- (1995): *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid: Civitas.
- (1996): *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid: Civitas.
- (2001): *La lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid: Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ (152011): *Curso de Derecho administrativo I*, Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.
- GARCÍA MACHO, Ricardo y José Luis BLASCO DIAZ (2005): «Autotutela administrativa», en S. Muñoz Machado (dir.), *Diccionario de Derecho administrativo, Tomo I*, Madrid: Iustel.
- GARRIDO FALLA, Fernando (1989): «La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado», *Revista de Administración Pública*, 119, mayo-agosto.
- GIL ROBLES, Álvaro (2012): «La mediación administrativa como alternativa», *Revista Poder Judicial*, 94.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1992): «La situación actual de la Justicia administrativa», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 69.
- (1994): «Los obstáculos del acceso a la Justicia administrativa», *Revista española de derecho administrativo*, 83.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (2001): *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes. Privatización, liberalización, regulación pública y derecho de la competencia*, Granada: Comares.
- HABERMAS, Jürgen (1973): «La esfera de lo público», en *Íd., Kultur und Kritik*, Frankfurt a. Main: Ed. Suhrkamp, traducido por Francisco Galván Díaz y publicado en *La crítica social en Touraine y Frankfurt*, Madrid: UAM-UAP [en línea] <<http://148.206.53.230/revistasuam/dialectica/include/getdoc.php?id=307&article=328&mode=pdf>>.
- KINGSBURY, Benedict y Richard STEWART (2016): *Hacia el Derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla: Global Law Press.

- LÓPEZ DÍAZ, María (2006): «La administración de la justicia señorial en el antiguo régimen», *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- LÓPEZ MENUDO, Francisco (2005): «Vía de hecho», en S. Muñoz Machado (dir.), *Diccionario de Derecho administrativo, Tomo II*, Madrid: Iustel.
- MESTRE DELGADO, Juan Francisco (2006): «El régimen de la autotutela ejecutiva en el ordenamiento constitucional», *Revista General de Derecho Administrativo*, 11.
- MESTRE, Jean-Louis (1976): *Un Droit Administratif à la fin de l'Ancien Régime. Le contentieux des Communautés de Provence*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- (1985): *Introduction Historique au Droit Administratif Français*, París: Presses Universitaires de France.
- MIR PUIGPELAT, Oriol (2004): *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- MORENO LINDE, Manuel (2016): «El arbitraje en el ámbito administrativo. En especial, en la contratación pública», en F. López Ramón (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2015): *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general, Tomo I y III Historia de las instituciones jurídico-administrativas I*, Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- PADRÓS REIG, Carlos y Joan ROCA SAGARRA (1995): «La armonización europea en el control judicial de la Administración: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Administración Pública*, 136, enero-abril.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (1989): «La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública», *Documentación Administrativa*, 218-219.
- (1991): *Crisis y renovación en el derecho público*, Madrid: CEC.
- (1993): *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid: Tecnos.
- (2012), *Transformación y ¿reforma? del Derecho Administrativo en España*, Sevilla: Global Law Press.
- PEREIRA PARDO, María del Carmen, Vanesa BOTANA CASTRO y Beatriz FERNÁNDEZ MUIÑOS, (2013): *La mediación paso a paso. De la teoría a la práctica*, Colección Práctica de Mediación, Madrid: Dykinson.
- ROMANO, Ruggiero y Alberto TENENTI (1971): *Los fundamentos del mundo moderno. Edad media tardía, reforma, renacimiento*, Madrid: Siglo XXI.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2005): *Derecho administrativo, Parte General*, Madrid, Tecnos.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2015): *Principios de Derecho administrativo general. I*, Madrid: Iustel.
- TOCQUEVILLE, Alexis de (1969): *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Madrid: Guadarrama.
- TORNOS MAS, Joaquín (1995): «Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos», *Revista de Administración Pública*, 136, enero-abril.
- WEIL, Prosper (1986): *Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas.

**Fecha de recepción: 24 de julio de 2018.**

**Fecha de aceptación: 8 de noviembre de 2018.**

LA TUTELA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A UN RECURSO EFECTIVO A LA LUZ DE LA DIRECTIVA 2013/32/UE: REFLEXIONES SOBRE EL ASUNTO *N.D. Y N.T VS. ESPAÑA*  
THE PROTECTION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO AN EFFECTIVE APPEAL ACCORDING TO THE DIRECTIVE 2013/32/EU: REFLECTIONS ON THE AFFAIRE *ND & NT VS. SPAIN*

*Francesca Tassinari*

*Becaria predoctoral*

*Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*

RESUMEN

La presente investigación tiene como objeto el estudio del derecho fundamental a un recurso efectivo en el marco jurídico de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. La Directiva dispone que cualquier extranjero no ciudadano europeo que se encuentra en el territorio de la Unión Europea tiene derecho a: acceder a los procedimientos para solicitar protección internacional; recibir las garantías procedimentales suficientes para estar en condiciones de seguir el procedimiento en todas sus fases y, en su caso, recurrir una decisión negativa ante un juzgado o tribunal (*vid. considerando núm. 25*). Sin embargo, no se le garantiza *tout court* el derecho a permanecer en el territorio del Estado miembro competente mientras se analiza su demanda. De este modo, el legislador de la Unión Europea legitima de forma indirecta la ejecución de numerosas órdenes de devolución y expulsión «prematuras». Consecuencia fundamental de esa laguna es la violación del art. 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Las dificultades de aplicación e interpretación de la Directiva son patentes en la más reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así lo testimonia su última sentencia dictada contra España. El Estado español ha sido sancionado por haber devuelto a un nacional maliense y a un nacional marfileño que habían cruzado irregularmente la frontera entre Marruecos y España en Melilla (asunto *N.D. y N.T. vs. España*).

PALABRAS CLAVE

Protección internacional, Directiva de Procedimiento, devolución y expulsión, derecho fundamental a un recurso efectivo, Ceuta y Melilla.

ABSTRACT

This article analyses the difficult interpretation and application of the fundamental right to an effective remedy in the juridical framework of Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the council of 26 June 2013, on common procedures for granting and withdrawing international protection. The Directive clearly explicates that any no European citizen foreign who stays in the European Union territory, has the right to: access to the proceedings established in order to seek international protection; have procedural guarantees sufficient for following the whole procedure in each stages and, if necessary, appeal a negative decision before the judge or the tribunal (*vid. whereas n. 25*). On the contrary, the right to stay in the member State's territory, competent to analyses his/her request, is not absolutely guaranteed. The European Union legislator, therefore, indirectly justifies the execution of «premature» orders of devolution and expulsion. The first consequence of this legal gap is a breach of art. 13 of the European Convention on Human Rights. For these reasons, the right to an effective remedy stands out as the protagonist of the recent European Court of Human Rights' jurisprudence. That is proved by its last sentence condemning Spain for having returned a Malaysian national and a foreign person, originating in Ivory Coast, who had crossed irregularly the frontier between Morocco and Spain in Melilla town (judgment *N.D. and N.T vs. Spain*).

KEY WORDS

International Protection, Procedure Directive, devolution and expulsion, fundamental right to an effective remedy\_Ceuta and Melilla.

# LA TUTELA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A UN RECURSO EFECTIVO A LA LUZ DE LA DIRECTIVA 2013/32/ UE: REFLEXIONES SOBRE EL ASUNTO *N.D. Y N.T. VS. ESPAÑA\**

Francesca Tassinari\*\*

Becaria predoctoral  
Facultad de Derecho de la Universidad de Granada

**Sumario:** 1. Introducción. 2. El derecho fundamental a un recurso efectivo en la directiva de procedimiento. 3. La «transposición» de la directiva de procedimiento al sistema jurídico español: el caso de los rechazos en frontera en Ceuta y Melilla. 4. El derecho a un recurso efectivo y de acceso a la justicia en la sentencia *N.D. y N.T. vs. España*. 5. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

Este artículo pretende analizar los problemas de aplicación de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (en adelante, Directiva

---

\* Este trabajo ha pasado el proceso de revisión por pares

\*\* Becaria pre-doctoral de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Researcher ID H-5751-2018, Código ORCID 0000-0003-4487-7130, francescatassinari@correo.ugr.es.

de procedimiento) en España<sup>1</sup>. En concreto, estudiaremos el reconocimiento del derecho fundamental a un recurso efectivo del solicitante extranjero en este instrumento jurídico y su vulneración por el ordenamiento jurídico español. Se prestará especial atención a las devoluciones/expulsiones que se producen en la frontera sur de España. Por último, se analizará la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) dictada en el caso *N.D. y N.T. vs. España*<sup>2</sup>, que ha condenado al Estado español por violación del art. 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)<sup>3</sup>.

Con base en el art. 78 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)<sup>4</sup>, los Estados miembros han cedido a la Unión Europea (UE) sus competencias en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal<sup>5</sup>. Más adelante, en el marco el Programa de Tampere de 1999<sup>6</sup>, se decidió poner en marcha el denominado Sistema Europeo Común de Asilo (SECA<sup>7</sup>), ya previsto en el propio art. 78.2 TFUE. Se promulgaron dos conjuntos normativos, denominados respectivamente «primera y segunda generación de Directivas»<sup>8</sup>. La finalidad última perseguida por la UE era lograr una regulación común en todos los Estados miembros. A tal efecto, resulta inevitable adelantar la futura promulgación de una tercera, y quizás última, «oleada» de normas en materia de protección internacional, anunciada en la Agenda Europea de Migración de 2015<sup>9</sup>. Esta vez, sin embargo, ya no estaríamos ante un mecanismo de *soft law*, sino ante normas directamente vinculantes para los Estados miembros, es decir, reglamentos<sup>10</sup>. Estas iniciativas resultan particularmente útiles frente a las lagunas existentes en la normativa Europea en materia de protección internacional actualmente en vigor<sup>11</sup> y, en concreto, en la Directiva de procedimiento.

La metodología del presente artículo combina su evidente alcance práctico con una propuesta *de lege ferenda*. En primer lugar, se realizará una crítica constructiva de la actual interpretación jurisprudencial del derecho a un recurso efectivo orientada a identificar —y a proponer la subsanación de— los constantes fallos interpretativos de la Directiva de procedimiento. En segundo lugar, estudiaremos cómo la Directiva de procedimiento ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español; concretamente, analizaremos el «régimen especial de Ceuta y Melilla» previsto por la disposición adicional núm. 10 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX)<sup>12</sup>. En el tercer epígrafe nos detendremos en el análisis del asunto *N.D. y N.T. vs. España* mencionado arriba y examinaremos si —y hasta qué punto— puede considerarse que la actual interpretación del TEDH del art. 13 del CEDH garantiza el derecho fundamental a un recurso efectivo. Finalmente, y sobre la base de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE<sup>13</sup> (propuesta de Reglamento), se intentará elaborar una propuesta normativa que favorezca que la próxima regulación europea y, por consiguiente, nacional sea más respetuosa con el sistema internacional de protección de los derechos humanos.



## 2. EL DERECHO FUNDAMENTAL A UN RECURSO EFECTIVO EN LA DIRECTIVA DE PROCEDIMIENTO

El derecho fundamental a un recurso efectivo representa el grado máximo de tutela entre todas las garantías procesales previstas en nuestro ordenamiento jurídico. Se trata de una garantía directamente emparentada con el derecho a la «tutela judicial efectiva»<sup>14</sup>, derecho, este último, cuyo alcance ha experimentado una progresiva ampliación: desde el derecho de acceso a la justicia (o dimensión subjetiva) hasta el derecho a la tutela jurisdiccional eficiente (o dimensión objetiva)<sup>15</sup>. En el ordenamiento jurídico español, este derecho está consagrado en el art. 24 de la CE: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión»<sup>16</sup>. En un sistema de protección multinivel de los derechos como el nuestro, el alcance del artículo 24 es, sin embargo, mucho más amplio<sup>17</sup>. El art. 10.2 de la CE dispone que la interpretación de los derechos fundamentales y libertades constitucionales deberá ajustarse a los tratados y convenios internacionales que España haya ratificado<sup>18</sup>. Por ello, la interpretación del derecho fundamental a un recurso efectivo en el ordenamiento jurídico español depende, en última instancia, de la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos. En el ámbito comunitario, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) son los órganos jurisdiccionales más influyentes<sup>19</sup>.

En el marco del Derecho de extranjería —y, más específicamente, del Derecho a la protección internacional—, el derecho a un recurso efectivo tiene unas connotaciones muy peculiares<sup>20</sup>. La doctrina ha señalado que la «tutela efectiva» está íntimamente vinculada al derecho del nacional no comunitario a «permanecer en el territorio del Estado»<sup>21</sup>. Es evidente que el hecho de que una orden de devolución o expulsión sancionadora contra el extranjero se ejecute cuando está pendiente de resolución un recurso o juicio a su cargo constituye una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva y, concretamente, del derecho a un recurso efectivo. Esa violación es incluso más evidente en el caso de los solicitantes de protección internacional a la luz del principio inderogable del *non refoulement*<sup>22</sup>. Esta prohibición, dirigida en primer lugar a los Estados, condena cualquier devolución de personas, directa o indirecta, a un país en el que estas pudieran sufrir un grave atentado al derecho a la vida y a la integridad psicofísica. Está claro, por tanto, que debe reconocerse el derecho a permanecer en el territorio del Estado competente de los solicitantes de protección internacional que denuncian haber sufrido —o hallarse en riesgo de sufrir— tales menoscabos. Por consiguiente, mientras se valora el reconocimiento a la protección internacional de un solicitante, cualquier orden de devolución o expulsión debe ser suspendida. Aunque este criterio no ha sido plasmado nítidamente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>23</sup>, el TJUE y el TEDH lo han reiterado de manera clara. Es el caso del asunto *Arslan*<sup>24</sup>, por ejemplo, en el que el TJUE afirmó que el derecho del solicitante de protección internacional a permanecer en el territorio del Estado podía ser derogado solamente en los supuestos tasados previstos por la normativa de la UE<sup>25</sup>. El TJUE concluyó que, en la medida en que el señor Arslan —nacional turco solicitante de protección internacional en la República Checa— no podía considerarse un inmigrante ilegal, no estaba justificado

que se le aplicara la Directiva de retorno<sup>26</sup>. Más relevante todavía es la posición del TEDH en el asunto *A.C. y otros vs. España*, en el que el Tribunal de Estrasburgo ha reafirmado el criterio de que el solicitante de protección internacional tiene derecho de «acceso a un recurso de carácter suspensivo de pleno derecho»<sup>27</sup>. El TEDH sostiene expresamente que se produce una «denegación de justicia» cuando en un ordenamiento jurídico, como es el caso de España<sup>28</sup>, está previsto que la suspensión discrecional de la orden de expulsión del solicitante se determine antes de la decisión de fondo y caso por caso<sup>29</sup>.

Estas consideraciones son *conditio sine qua non* para analizar en qué medida la Directiva de procedimiento garantiza el derecho a un recurso efectivo. A pesar de que ese instrumento jurídico menciona en varios apartados el derecho del solicitante de protección internacional a un recurso efectivo, su explícita consagración se recoge en el art. 46.1, que establece la tutela del derecho a un recurso efectivo «ante un órgano jurisdiccional». Se trata, no obstante, de una protección parcial: la norma no prevé el derecho a un recurso efectivo *tout court*, sino que contiene un listado de supuestos concretos en los que ese derecho humano fundamental no puede ser violado. Además, la tutela del derecho se restringe aún más según se trate de un recurso presentado ante un órgano de primera instancia o ante un órgano superior. De hecho, si en el apartado 3 el art. 46 garantiza «[...] el examen completo y *ex nunc* tanto de los hechos como de los fundamentos de Derecho [...] al menos en los recursos ante un juzgado o tribunal de primera instancia», en el apartado 5 el precepto es mucho más vago, dado que establece que «[...] los Estados miembros permitirán que los solicitantes permanezcan en el territorio hasta que haya expirado el plazo dentro del cual pueden ejercer su derecho a un recurso efectivo y, cuando se haya ejercitado ese derecho dentro del plazo, en espera del resultado del recurso». Hasta hoy, esta válvula de escape ha permitido que los Estados miembros no garanticen el derecho del solicitante de protección internacional a permanecer en el territorio del Estado hasta que haya obtenido una decisión firme sobre el fondo del asunto. Por el contrario, asistimos a continuas devoluciones/expulsiones contrarias a la tutela de los derechos humanos de los extranjeros y las vulneraciones estatales del derecho fundamental a un recurso efectivo son moneda común.

Por esas razones, la interpretación del art. 46 de la Directiva de procedimiento que se ha realizado hasta la fecha no puede considerarse satisfactoria a la luz del sistema de protección multinivel de los derechos fundamentales. No solo porque viola la tutela del derecho fundamental a un recurso efectivo, sino también porque ni siquiera cumple con el principio de efectividad en la protección de los derechos consagrado por la UE<sup>30</sup>. Lamentablemente, ese incumplimiento por parte del legislador europeo pervive en la propuesta de Reglamento<sup>31</sup>. El art. 54 (Efecto suspensivo del recurso) dispone: «Los Estados miembros permitirán al solicitante permanecer en su territorio mientras se resuelve el procedimiento mediante el cual se decide si el solicitante puede o no permanecer en el territorio. Esta resolución debe dictarse en un plazo de un mes desde la presentación del recurso» (apartado 4). Además, en los casos de «recursos adicionales», la propuesta de Reglamento establece rotundamente que el solicitante no tiene derecho a permanecer en el territorio del Estado miembro salvo que un tribunal decida lo contrario a petición del solicitante o *ex officio* (apartado 5). Esa violación de derechos ha sido detectada por el Consejo Europeo de

Refugiados y Exiliados<sup>32</sup> (CERE), cuya opinión consideramos particularmente acertada. El CERE afirma con insistencia que, cuando los ordenamientos prevén que la demanda de suspensión de la orden de devolución/expulsión debe ser presentada ante una instancia de forma específica, se produce un quebrantamiento del principio de economía procesal. En estos casos, estima, el asunto es analizado dos veces, lo cual sobrecarga al sistema en perjuicio tanto del recurrente como del tribunal evaluador. Y concluye que, si esta regulación se mantiene, la legislación comunitaria seguirá persistiendo en su indiferencia casi total de la protección efectiva de los derechos humanos de los solicitantes de protección internacional.

### 3. LA «TRANSPOSICIÓN» DE LA DIRECTIVA DE PROCEDIMIENTO AL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL: EL CASO DE LOS RECHAZOS EN FRONTERA EN CEUTA Y MELILLA

La Directiva de procedimiento prevé varios mecanismos que permiten agilizar y acelerar el procedimiento de examen de las solicitudes de protección internacional que podríamos denominar «estándar». Entre ellos, contempla la posibilidad de que los Estados miembros incorporen en su normativa interna procedimientos simplificados, con plazos más breves, en caso de solicitudes «infundadas o por motivos graves de seguridad nacional o orden público» (considerando núm. 20). El legislador español ha optado legítimamente por la previsión de cauces procesales acelerados en nuestra normativa interna. En España, el procedimiento de presentación y evaluación de una demanda de protección internacional está regulado, en principio, por la Ley Orgánica 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (Ley de Asilo)<sup>33</sup>. Además, se establecen normas sobre la materia en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>34</sup> (LOEX) y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP)<sup>35</sup>. El sistema de protección internacional en España ha sido desarrollado a través de dos cauces procesales: uno en territorio<sup>36</sup> y otro en frontera<sup>37</sup>. La polémica actual sobre la existencia de un doble procedimiento se agudiza si se toma en consideración la situación existente en la frontera sur entre España y Marruecos, concretamente en las ciudades de Ceuta y Melilla. A falta de una regulación clara y exhaustiva, los dos cauces procesales se confunden y son prácticamente intercambiables<sup>38</sup>.

Sin embargo, la elección de uno u otro procedimiento es muy importante. De hecho, el procedimiento en frontera resulta menos favorable que el del territorio, ya que la rapidez con la que se desarrolla puede desproteger varios derechos del solicitante de protección internacional, específicamente su derecho a un recurso efectivo<sup>39</sup>. El legislador comunitario deja claro que, independientemente del tipo de procedimiento que se aplique, en ningún caso podrá afectar al «[...] examen adecuado y completo de la solicitud» ni deberá obstaculizar el «acceso efectivo [...] a los principios y garantías fundamentales» (considerando núm. 20). Concretamente, la Directiva de procedimiento se dirige a aquellos funcionarios

que, debido a que trabajan en las fronteras externas de la UE y son, por tanto, la primera instancia institucional con la que los nacionales de terceros países toman contacto, deben recibir «la información oportuna y la formación adecuada» sobre el modo de reconocer y tratar las solicitudes de protección internacional (considerando núm. 26). Los funcionarios deberán informar a esas personas sobre el lugar donde deben presentar sus solicitudes y sobre el modo de hacerlo; aun cuando no hayan accedido al territorio del Estado miembro, las demandas deben ser examinadas por un procedimiento de admisibilidad y/o examen del fondo (considerando núm. 38). Como puede constatarse fácilmente, ninguna de esas previsiones se cumple en las fronteras de Ceuta y Melilla, especialmente en los famosos supuestos de «rechazos en frontera»<sup>40</sup>. Estamos hablando de una práctica consolidada que ha sido incorporada desde hace poco en la LOEX (disposición adicional décima) tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de Seguridad Ciudadana<sup>41</sup>. El primer inciso de la citada disposición adicional establece: «Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de demarcación territorial de Ceuta o Melilla, mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España». A través de la aprobación de una regla totalmente contraria al sistema de protección de derechos, el legislador legitima las devoluciones/expulsiones «en caliente» llevadas a cabo por las autoridades fronterizas<sup>42</sup>.

Este «régimen especial» previsto en la disposición adicional décima de la LOEX no cuenta con desarrollo normativo específico alguno<sup>43</sup>. En eso difiere, por ejemplo, del procedimiento de devolución regulado en el art. 58.3 de la LOEX y en el art. 23 del Real Decreto Ley 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba su Reglamento (RLOEX)<sup>44</sup>. Por estas razones, debemos concluir que el procedimiento vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en todas sus manifestaciones: el derecho a que la resolución de expulsión sea notificada por escrito y de forma motivada; el derecho a ser informado sobre las vías de recursos accesibles; el derecho a la asistencia letrada y, finalmente, el derecho a que se adopte una medida cautelar de suspensión de la orden de expulsión<sup>45</sup>. La situación es todavía más grave si tenemos en cuenta que esas devoluciones pueden afectar a los solicitantes de protección internacional. El procedimiento de rechazo en frontera previsto en la disposición adicional décima de la LOEX no permite identificar a las personas extranjeras que tienen derecho al reconocimiento de la protección internacional. Propicia, por tanto, que aumente notablemente el riesgo de que, en caso de expulsión, el extranjero pueda sufrir perjuicios irreparables en forma de violación de sus derechos a la vida y a la integridad psicofísica. Es probable, además, que el Estado español incurra en la violación del art. 4 del Protocolo número 4 del CEDH, que prohíbe las devoluciones masivas de extranjeros<sup>46</sup>. No obstante, debe recordarse que esto no es nuevo. La disposición adicional décima de la LOEX no es sino un mero factor agravante de las expulsiones practicadas en la frontera sur entre España y Marruecos porque justifica un fenómeno de por sí antiguo. Ya a partir del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992<sup>47</sup>, el Estado español se preocupó de regular los denominados «asaltos a las vallas»<sup>48</sup> a través de la firma de un convenio de readmisión de nacionales de terceros países que hubieran entrado ilegalmente en su territorio. Sin embargo, y aquí radica la novedad, la LOEX

es el fundamento jurídico de esas «devoluciones en caliente». Es la Ley la que establece en qué supuestos el nacional extranjero puede estar sujeto a una salida coercitiva, y es la Ley la que arbitra un «régimen especial» de rechazo en frontera cuando se intente «superar los elementos de contención fronterizos»<sup>49</sup>. Nuestra crítica a la disposición adicional décima de la LOEX concluye subrayando que, en su inciso segundo, establece que el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte. Este inciso es redundante y superfluo, ya que está previsto por la propia CE en su art. 10.2. De hecho, a pesar de estas proclamaciones, España sigue violando el sistema europeo e internacional de protección de los derechos fundamentales. Así lo denunció el TEDH el pasado 3 de octubre de 2017, en el asunto *N.D. y N.T. vs. España*<sup>50</sup>, cuya sentencia condenó al Estado español por violación de los arts. 3 y 13 del CEDH y del art. 4 del Protocolo núm. 4. A pesar de todo, debemos valorar positivamente la previsión del inciso tercero de la disposición adicional décima, que establece, por fin, la creación de «lugares habilitados» para la formalización de las solicitudes de protección internacional en los pasos fronterizos, trámite que, como ya hemos subrayado anteriormente<sup>51</sup>, no siempre se cumple *in situ*. Es importante recordar que, hasta el año 2014, ninguna solicitud de protección internacional había podido ser presentada en los puestos fronterizos de Tetuán y Nador, las dos ciudades marroquíes que separan Ceuta y Melilla respectivamente. Aunque el acceso de muchos nacionales subsaharianos a dichas oficinas sigue siendo obstaculizado por las autoridades marroquíes<sup>52</sup>, su implantación comporta un reto importante si se toma en consideración el aumento significativo de la presentación de solicitudes de protección internacional<sup>53</sup>.

En el próximo epígrafe analizaremos la última sentencia dictada contra España por el TEDH, la *N.D. y N.T. vs. España*, mencionada *supra*. Por un lado, intentaremos dilucidar si la interpretación del art. 13 realizada por TEDH sigue dejando desprotegido el derecho fundamental a un recurso efectivo del solicitante de protección internacional. Por otro, valoraremos el hecho de que el TEDH se haya pronunciado por primera vez, aunque de forma indirecta, sobre el derecho de «acceso» a un recurso efectivo a raíz del régimen especial establecido por la disposición adicional décima de la LOEX.

#### 4. EL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO Y DE ACCESO A LA JUSTICIA EN LA SENTENCIA *N.D. Y N.T. VS. ESPAÑA*

Antes de adentrarnos en el análisis del asunto *N.D. y N.T. vs. España*, y de mostrar modo en que el Estado español ha infringido el sistema de protección de los derechos humanos, concretamente el art. 13 del CEDH, es imprescindible hacer referencia a los hechos que dieron lugar a esa sentencia<sup>54</sup>. El 13 de agosto de 2013, un nacional marfilés y un nacional maliense que, entre 2012 y 2013 se encontraban en el campamento «no oficial» de inmigrantes del monte Gurugú, próximo a la frontera con Melilla, entraron en España junto a un grupo de subsaharianos superando las tres vallas instaladas en la frontera de Melilla. Fueron interceptados, esposados y, de inmediato, devueltos a

Marruecos. No fueron identificados ni entrevistados, y tampoco se les brindó asistencia de ningún tipo: médica, legal, ni tan siquiera de un traductor. Desde Nador fueron llevados a Fez (Marruecos), donde, de nuevo se les denegó asistencia médica, y allí fueron abandonados. Los días 9 y 23 de diciembre de 2014, N.D. y N.T. volvieron a entrar en España cruzando la frontera en Melilla. Se decretó para ambos una orden de expulsión y abandonaron forzosamente el territorio español el 31 de marzo y el 23 de febrero de 2015, respectivamente. Solamente el primero, el recurrente N.D., presentó demanda de protección internacional, petición que, evidentemente, fue denegada. Los argumentos en los que se basó el TEDH para condenar al Estado español, resultan fundamentales en nuestro análisis sobre la interpretación del art. 13 del CEDH. De hecho, en la sentencia *N.D. y N.T. vs. España* destacan al menos dos aspectos novedosos que suponen un paso adelante respecto a la jurisprudencia hasta ahora existente en materia de protección internacional. Por una parte, dado que se trata de un rechazo en frontera regulado por la disposición adicional décima de la LOEX, el TEDH se ha enfrentado por primera vez al denominado «régimen especial de Ceuta y Melilla»<sup>55</sup>; por otra, el TEDH condena a España *ex art. 13 del CEDH* no por haber denegado el derecho de los recurrentes a un recurso efectivo —como había hecho hasta este momento en otros casos—, sino que sanciona la violación del derecho a acceder a algún tipo de recurso.

La sentencia recaída en el caso *N.D. y N.T. vs. España* es una de las escasas resoluciones en las que el TEDH ha interpretado la Directiva de procedimiento 2013/32/UE. Hasta ahora, el Tribunal de Estrasburgo ha fundamentado sus sentencias en materia de protección internacional en otras fuentes comunitarias: la Directiva de retorno 2008/115/CE<sup>56</sup> y la Directiva de procedimiento de 2005/85/CE<sup>57</sup>. El matiz es importante y remite a la problemática cuestión de la inaplicación por parte de España de la Directiva de retorno en la frontera meridional con Marruecos. De hecho, la Directiva de retorno, que no es objeto de este estudio, permite a los Estados miembros no aplicarla a los nacionales de terceros países que, como ocurre en las vallas de Ceuta y Melilla, sean «detenidos o interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores terrestres, marítimas o aéreas»<sup>58</sup>. Esa Directiva fue utilizada en otro caso reciente de indudable relevancia: la sentencia *Khlaifia y otros vs. Italia*<sup>59</sup>. Esta decisión versaba sobre un grupo de nacionales tunecinos que, tras haber sido rescatados en el mar Mediterráneo por las autoridades italianas, fueron detenidos en el Centro de Socorro y Primera Acogida (CSPA) de Lampedusa, trasladados y maltratados en los buques italianos atracados en Palermo y, finalmente, repatriados a Túnez, una devolución amparada por el Acuerdo bilateral italo-tunecino de 5 de abril de 2011<sup>60</sup>. A pesar de que la fuente normativa que subyace a los dos supuestos mencionados es distinta —en el caso *N.D. y N.T. vs. España* la Directiva de Procedimiento y en *Khlaifia y otros vs. Italia* la Directiva de retorno—, ambas sentencias están estrechamente relacionadas: de hecho, en el asunto *N.D. y N.T. vs. España*, el TEDH toma el caso *Khlaifia y otros vs. Italia* como punto de referencia para su análisis. Sin embargo, no debemos olvidar que los dos pronunciamientos se desarrollan con base en legislaciones distintas, dada la imposibilidad de aplicar la Directiva retorno en el caso español. Este matiz conlleva una interpretación diferente del art. 13 del CEDH.

Para entender en qué medida la reciente condena a España implica un avance en la jurisprudencia del TEDH y adentrarnos, después, en el análisis del derecho a un recurso efectivo del art. 13, es necesario partir de la siguiente premisa: el CEDH no establece en su art. 13 la tutela *tout court* del derecho a un recurso efectivo, sino que reconoce el derecho a la «concesión de un recurso efectivo» cuando se cuestione la vulneración de un derecho o libertad reconocido en el propio CEDH o en sus Protocolos. Hasta hoy, el TEDH jamás ha condenado a un Estado por violación del art. 13 del CEDH en los supuestos de solicitudes de asilo<sup>61</sup>. El TEDH siempre lee la violación del derecho a un recurso efectivo en relación con otro derecho amparado por el CEDH<sup>62</sup>. De hecho, en el asunto *N.D. y N.T. vs. España*, los recurrentes denuncian la violación del art. 13 del CEDH en relación con el art. 4 del Protocolo núm. 4. En concreto, alegan que no pudieron impugnar mediante un recurso eficaz —con efecto suspensivo— su rechazo inmediato a Marruecos, identificarse y exponer sus circunstancias individuales. En su argumentación, el TEDH recuerda que el carácter suspensivo del recurso depende de la presumible existencia de un perjuicio irreversible —por ejemplo, una violación de los arts. 2 y 3 del CEDH (párr. 115)<sup>63</sup>—. Los Estados, continúa el TEDH, no tienen la obligación absoluta de garantizar un remedio suspensivo, pero deben «permitir a la persona impugnar la decisión de expulsión obteniendo un examen detenido de sus reclamaciones». El TEDH considera que, por un lado, el CEDH garantiza el derecho de todas las personas a recurrir *ex art. 13*, siempre y cuando se impugne de forma conjunta la violación de otro derecho protegido por el CEDH; por otro lado, el art. 13 no garantiza de forma absoluta el carácter suspensivo del recurso, a no ser que la no suspensión pueda ocasionar un perjuicio irreversible, como sería el caso de la violación de los arts. 2 y 3 del CEDH.

El razonamiento del TEDH, aparentemente impecable, se sostiene hasta que nos encontramos ante el supuesto de un solicitante de protección internacional. En tal caso, el perjuicio irreversible al que se refiere el Tribunal es intrínseco a la demanda de protección internacional. Con la propia solicitud el extranjero nos está diciendo que, si fuera devuelto a su país de origen o al país de procedencia, su vida y/o integridad psicofísica sufriría un grave perjuicio. Debe añadirse que, como consecuencia de ello, el Estado estaría infringiendo el principio del *non refoulement*. Por lo dicho hasta aquí, nuestra primera crítica a la interpretación que el TEDH realiza —o mejor, sigue realizando— del artículo 13 del CEDH en la sentencia *N.D. y N.T. vs. España* estriba en que su argumentación sobre la suspensión automática del recurso sigue siendo incompleta e insatisfactoria. Esta interpretación del art. 13 no es conforme con el sistema de tutela de derechos en materia de protección internacional. El art. 46 de la Directiva de procedimiento —que, como hemos visto, es la norma reguladora del derecho a un recurso efectivo en el supuesto específico del procedimiento de demanda de protección internacional— debería ser interpretado de la forma más garantista posible. Consideramos que debe reconocerse al solicitante de protección internacional el derecho fundamental a un recurso efectivo con efecto suspensivo automático<sup>64</sup>. En caso contrario, se vacía de contenido la protección prevista por el 46 de la Directiva de procedimiento, lo cual constituye una violación del art. 13 del CEDH. Por todo ello, entendemos que el derecho debería reconocerse con independencia de que posteriormente se compruebe una eventual violación de los arts. 2 y 3 de la CEDH. Para

que pueda ser garantizado efectivamente, el derecho a un recurso efectivo debe ser dotado de su propia independencia y autonomía. Al margen de esta interpretación crítica, hay que reconocerle un mérito importante al TEDH. Y es que el Tribunal de Estrasburgo afirma que el derecho a un recurso efectivo se viola no solamente por la imposibilidad concreta de impugnar un recurso, sino también por la imposibilidad de acceder a dicho recurso. En este sentido, resulta llamativo que en la sentencia *N.D. y N.T. vs. España* la cuestión de la suspensión de la orden de devolución/expulsión de pleno derecho asuma una relevancia secundaria. El TEDH subraya que los recurrentes ni siquiera habían podido acceder al recurso porque habían sido rechazados de forma inmediata, sin haber sido ni identificados ni entrevistados (§ 120)<sup>65</sup>. Ese «rechazo de forma inmediata» no es otra cosa que el «rechazo en frontera» de la disposición adicional décima de la LOEX. Es por ello que en la sentencia *N.D. y N.T. vs. España*, el TEDH llega a pronunciarse por primera vez, aunque solo de forma implícita, sobre el «procedimiento especial de Ceuta y Melilla». La rapidez con la que se pone en práctica y la falta de individualización del procedimiento designado en la ley española infringen el derecho fundamental a un recurso efectivo reconocido en el art. 13 del CEDH. Pero hay que tener en cuenta que la necesaria combinación del art. 13 del CEDH con otro derecho tutelado por el sistema del Consejo de Europa, en este caso el art. 4 del Protocolo núm. 4, juega un papel determinante en la condena final de España. De hecho, en la sentencia *Khlaifia y otros vs. Italia* el TEDH llegó a la conclusión opuesta y absolvió a Italia porque, por un lado, no pudo constatar la existencia de una violación del art. 4 del Protocolo núm. 4, ya que los recurrentes pudieron presentarse, identificarse y expresar sus razones ante las autoridades italianas (§ 247)<sup>66</sup>, y, por otro lado, como ya hemos señalado críticamente, el art. 13 del CEDH no garantiza la suspensión automática de pleno de derecho de la devolución/expulsión una vez interpuesto el recurso. En definitiva, esa interpretación «retorcida» del art. 13 tiene repercusiones importantísimas en la práctica: sigue dejando desprotegido el derecho fundamental a un «recurso efectivo» del individuo particular solicitante de protección internacional, aunque se intenta ampliar su tutela en la medida en que el TEDH le garantiza el derecho de «acceso» al recurso.

## 5. CONCLUSIONES

En esta investigación hemos mostrado que la tutela del derecho fundamental a un recurso efectivo para los solicitantes de protección internacional es muy débil y precaria, tanto en el sistema de protección de derechos de la UE como en nuestro ordenamiento jurídico interno. Del análisis realizado, podemos extraer las siguientes conclusiones.

Nuestra primera constatación es que el derecho fundamental a un recurso efectivo no está adecuadamente protegido en el sistema europeo actual de protección internacional (SECA). El art. 46 de la Directiva de procedimiento deja demasiado margen de maniobra a los Estados miembros. Estos siguen siendo reacios al establecimiento de la suspensión automática de la orden de devolución/expulsión del territorio mientras esté pendiente de resolución un recurso contra una denegación de protección internacional. El legislador



comunitario debería aprovechar la propuesta de Reglamento, que está debatiéndose en el seno de la Comisión Europea, a fin de aprobar una normativa más clara y restrictiva para los Estados. Concretamente, el art. 54 de esa propuesta no debería excluir la tutela del derecho fundamental a un recurso efectivo en ningún supuesto: debería garantizarlo de manera absoluta. Además, para que la norma sea clara e inequívoca, el legislador europeo debería imponer a los Estados miembros que la suspensión de la orden de devolución/expulsión sea concedida automáticamente cuando el solicitante de protección internacional impugna la denegación de su solicitud, y ello con independencia del órgano evaluador que sea competente para resolver el fondo del asunto y, sobre todo, de la instancia jurisdiccional a la que acuda el recurrente.

En segundo lugar, y en el caso específico de España, hemos constatado que el derecho fundamental a un recurso efectivo se ve doblemente mermado. En primer lugar, denunciaremos la inseguridad jurídica derivada de la existencia de dos procedimientos para solicitar protección internacional —uno en territorio y otro en frontera— y de la indeterminación de los supuestos de su respectiva aplicación. Al respecto, sería oportuno que el legislador español regulara de forma más detallada los dos procedimientos y aclarara cuándo una demanda de protección internacional se considera presentada en territorio y cuándo en frontera, si ello depende del lugar donde ha sido presentada, de las autoridades que la hayan recibido o incluso del momento en el que se ha presentado. En segundo lugar, el derecho a un recurso efectivo se ha visto erosionado por la legitimación de los denominados «rechazos en frontera». De hecho, la actual disposición adicional décima de la LOEX es contraria a ese derecho y a cualquier instrumento normativo que lo garantice, concretamente, el art. 24 de la CE y el art. 13 del CEDH tal como debe ser interpretado en la Directiva de procedimiento. Urge la intervención del legislador español para que desarrolle reglamentariamente ese procedimiento a fin de que la disposición adicional respete el sistema de protección de los derechos fundamentales (si es que esto es posible).

En tercer lugar, hemos analizado la interpretación del derecho fundamental a un recurso efectivo *ex art. 13 del CEDH* en el caso *N.D. y N.T. vs. España*. Se trata de una sentencia de especial importancia, ya que en ella el TEDH ha dado un paso adelante en su jurisprudencia al denunciar la violación del derecho del solicitante de protección internacional a «acceder» a una vía de recurso *ex art. 13 del CEDH*. Sin embargo, tras analizar detenidamente la argumentación del TEDH, hemos criticado la falta de una correcta interpretación de ese derecho a la luz de la Directiva de procedimiento. Compartimos, como hemos señalado, la posición del CERE, que ha defendido la pertinencia de que los Estados miembros prevean en sus legislaciones un recurso con carácter suspensivo de pleno derecho en los casos de solicitud de protección internacional. Esta es la única interpretación capaz de garantizar de forma absoluta el derecho a un recurso efectivo *ex art. 13 del CEDH*. Además, hemos visto que la actual redacción del art. 13 del CEDH representa un importante obstáculo para que el derecho a un recurso efectivo pueda ser plenamente garantizado. En el caso *Khlaifia y otros vs. Italia*, por ejemplo, el TEDH no quiso sancionar la violación del art. 13 leído en relación con el art. 4 del Protocolo núm. 4 porque no concurría la necesaria y complementaria infracción de este último derecho fundamental. Parece oportuno, entonces, que el TEDH y el Consejo de Europa tomen en consideración las limitaciones



6. Conclusiones de la Presidencia. Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999.
7. A saber, que en el SECA se insertaban ya otros instrumentos legislativos comunitarios en vigor, entre ellos el Sistema Schengen (Acervo de Schengen - Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, DOUE, L 239, 22 septiembre de 2000, pp. 19-62), y el Sistema Dublín. Este último ha sido desarrollado a partir del Convenio de Dublín relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas (DOUE Serie C 254, 19 de agosto de 1997, p. 1-12), por el Reg. 343/2003 (DOUE Serie L 50/1, de 25 de febrero de 2003) y, finalmente, el Reglamento de Dublín, Reg. 604/2013 (DOUE Serie L 180/31, de 29 de junio 2013).
8. La primera etapa se caracterizó por la aprobación de la Directiva de protección temporal, D. 55/2001/EC (DOUE Serie L 212/12, de agosto de 2001); la Directiva de acogida, D. 2003/9/EC (DOUE Serie L 31/18, de 6 de febrero de 2003); la Directiva de calificación, D. 2004/83/EC (DOUE Serie L 304/12, de 30 de septiembre de 2004) y la Directiva de procedimiento, D. 2005/85/EC (DOUE Serie L 326/13, de 13 de diciembre de 2005). En la segunda fase entraron en vigor: el Texto refundido de la Directiva de acogida, D. 2013/33/EU (DOUE Serie L 180/96 de 29 de junio de 2013); el Texto refundido de la Directiva de calificación, D. 2011/95/EU (DOUE L 337/9, de 20 de diciembre de 2011) y el Texto refundido de la Directiva de procedimiento, D. 2013/32/EU (DOUE Serie L 180/60, de 29 de junio de 2013).
9. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Una Agenda Europea de Migración*, COM (2015) 240 final, 13 de mayo de 2015.
10. Las Directivas de la UE se caracterizan por el hecho de que son un «instrumento de resultado», es decir, un instrumento respetuoso de cada ordenamiento jurídico estatal que permite a los Estados miembros adoptar medidas armonizadoras de diferente naturaleza. Sin embargo, en ningún caso las leyes internas estatales podrían contravenir el Derecho comunitario ni el sistema internacional de protección de los derechos humanos (en ese sentido *vid.* sentencia de 29 de enero de 2008, *Promusicae*, asunto C-275/06, EU:C:2008:54, p. 68).
11. Sobre la «involución» del SECA, *vid.* González Vega (2017: 27-75).
12. Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 299, de 12 de diciembre de 2009, p. 104986-105031.
13. COM/2016/0467 final - 2016/0224 (COD). Precisamente en una de sus últimas reuniones, el Consejo la Unión Europea ha manifestado que todavía no ha sido adoptado un mandato de negociación al respecto y que los consejeros de Justicia y Asuntos de Interior siguen debatiendo sobre el modo de regular los procedimientos en materia de asilo (Provisional Version of the Outcome of the Council Meeting, 3641st Council meeting, Justice and Home Affairs, Luxembourg, 11 and 12 October 2018, SN 4228/18, disponible en: <<https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/jha/2018/10/11-12/>>. [Consulta 18/10/2018.]
14. *Vid.* Figueruelo Burrieza (1990: 41 y ss.).
15. *Vid.* Imbruglia (2015: 1564-1566).
16. El concepto jurídico de «indefensión» recogido en el art. 24 resulta particularmente interesante, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva será violado no solamente en el caso de una completa denegación del derecho, sino también cuando haya sido restringido indebidamente.

17. *Vid.* entre otros, Pastor Ridruejo (2004: 1653-1667); y Muñoz Machado (2015: 195-230).
18. Fundamentalmente: el art. 8 de Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, Declaración Universal de Derechos Humanos (A/RES/217/(III) D) recogida formalmente en el art. 10.2 de la CE; el art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (Serie Tratados de Naciones Unidas, vol. 999, p. 171 y vol. 1057, p. 407) ratificado por España el 27 de abril de 1977 (BOE núm. 103, de 30 de abril 1977, pp. 9337-9343); el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (DOUE, Serie 362, de 18 de diciembre de 2000), vinculante para todos los Estados miembros (BOE núm. 83, de 30 de marzo de 2010, pp. 389-403), y el art. 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, (Consejo de Europa, 4 de noviembre de 1950) ratificado por España el 4 de octubre de 1979 (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, pp. 23564-23570).
19. Al respecto, puede verse Pérez Vera (2017: 52-72); y Liñán Nogueras (2015: 195-230).
20. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000) consagra de forma expresa la titularidad de ese derecho por parte de los extranjeros (art. 20.1). A tal efecto, recordamos que solamente tras la intervención del Tribunal Constitucional al extranjero se le han reconocido aquellos derechos fundamentales dirigidos a la tutela de la dignidad humana (*vid.*, entre otras, STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3 y ss.).
21. *Vid.* Reneman (2014).
22. Wouters considera ese principio «la columna vertebral» del estatuto de refugiado, hasta el punto de que, a su juicio, los dos conceptos son interdependientes (Wouters, 2009: 34) La prohibición del *refoulement* está consagrada en numerosos instrumentos internacionales: a partir del art. 33 de la Convención de Ginebra de 1951 (Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, Serie Tratados de Naciones Unidas, núm. 2545, vol. 189, p. 137); el art. 33, co.1, de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 26 de junio de 1984 (Series Tratados de Naciones Unidas, vol. 1465, p. 85) y los arts. 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (*vid. sub* nota 20). El alto nivel de consentimiento sobre la interpretación de este principio por parte de la Comunidad Internacional ha hecho que la prohibición del *refoulement* se considere como norma vinculante de *ius cogens* internacional. *Vid.* Lenzerini (2009).
23. *Vid.* SSTS 1634/2016, de 15 de febrero; 2752/2013, de 12 de marzo; 7016/2013, de 25 de octubre y 2193/2011, de 18 de marzo.
24. Sentencia de 30 de mayo de 2013, *Mehmet Arslan*, asunto C-534/11, EU:C:2013:343, párr. 48-49.
25. En aquel momento, el art. 6 de la Directiva 2005/85/EC, del Consejo de 2 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o reiterar la condición de refugiado, DOUE Serie L 326/13, de 13 de diciembre de 2005.
26. Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, DOUE Serie L 348/98, de 24 de diciembre de 2008.
27. *A.C. and others vs. Spain*, (merits and just satisfaction), núm. 6528/11, § 87-88, 2014. Para un análisis, *vid.* San Martín Ontoria (2016: 87-96).
28. En concreto, el art. 135 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998 (LJCA) establece la posibilidad de que el juez adopte, bajo petición de la parte interesada, una medida cautelarísima con efecto suspensivo. Esta de-

cisión es, entonces, muy discrecional, rasgo avalado por el Tribunal Supremo, que ha afirmado que su aplicación dará lugar a un juicio ponderado entre el interés público del Estado y los «daños y perjuicios de reparación imposible».

29. *A.C. and others vs. Spain*, (merits and just satisfaction), núm. 6528/11, § 94, 2014.

30. El principio de efectividad implica que la protección será efectiva cuando no sea imposible ni demasiado onerosa para el solicitante (*vid.* sentencia de 11 de septiembre de 2003, *Safalero srl*, asunto C-13/01, EU:C:2003:447, p. 49).

31. De hecho, en las últimas asambleas parlamentarias se ha podido comprobar que la tutela del derecho a un recurso ya no es un tema de debate relevante. Véase el siguiente enlace: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=COM:2016:0467:FIN>>. [Consulta: 17/10/2018.]

32. *Vid.* CERE, «Comments on the Commission Proposal an Asylum Procedures regulation», COM(2016)467, noviembre 2016, p. 67. Disponible en: <[https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/11/ECRE-Comments-APR\\_-November-2016-final.pdf](https://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/11/ECRE-Comments-APR_-November-2016-final.pdf)>. [Consulta: 20/02/2018.]

33. Ley 12/2009, de 31 de octubre de 2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009, p. 17242. En realidad, la Ley de Asilo actualmente en vigor en España sigue siendo la transposición de la Directiva de Procedimiento antigua (la Directiva 2005/85/EC, del Consejo de 2 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o reiterar la condición de refugiado, DOUE Serie L 326/13, de 13 de diciembre de 2005), ya que el legislador español no ha incorporado todavía su texto refundido. Sin embargo, la Directiva de procedimiento ya tiene plena fuerza vinculante en los Estados miembros, con lo cual esta puede ser considerada un parámetro de legitimidad válido en nuestro debate. Sobre la naturaleza de las Directivas de la UE, *vid.* Millán Moro (1991: 845-879).

34. Ley Orgánica, 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 299, de 12 de diciembre de 2009, pp. 104986-105031.

35. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015, pp. 89343-89410.

36. El art. 17 de la Ley de Asilo prevé que la admisibilidad de la demanda será analizada dentro de los treinta días siguientes a partir de su presentación. En el caso de inadmisibilidad, la demanda podrá recurrirse en reposición en el plazo ordinario de un mes o por la vía contencioso-administrativa en los siguientes dos meses. En el caso de que sea admitida a trámite, el Ministerio del Interior dictará una decisión sobre el fondo en un plazo que puede extenderse hasta los seis meses.

37. El art. 21 de la Ley de Asilo establece que cuando una persona extranjera presente su solicitud de protección internacional en un puesto fronterizo, el Ministerio del Interior resolverá sobre su inadmisibilidad, admisibilidad o denegación (cuando sea manifiestamente infundada) en el plazo de cuatro días hábiles. La decisión podrá ser reexaminada, a petición del interesado, en el plazo de dos días; en el mismo plazo, el Ministerio del Interior dictará su decisión definitiva, decisión que, cuando sea negativa, será recurrible en reposición en un mes y en dos meses por la vía contencioso-administrativa.

38. En ese sentido, la Audiencia Nacional sostiene la inadecuación de la aplicación del procedimiento en frontera —en favor del procedimiento en territorio— en el caso de una demanda de protección internacional de un nacional marroquí, ya que, a pesar de que este había manifestado la intención de presentar su solicitud en el puesto fronterizo de Beni-Enzar, la demanda fue formalizada en el CETI de Melilla (Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. VIII, 208/2017, de 24 de abril). Por el contrario, el tribunal afirma la aplicación del procedimiento de urgencia fronterizo a un nacional marro-

quí que había solicitado protección internacional en el mismo puesto fronterizo Beni-Eznar en Melilla, pero después de diez días de su entrada: en el FJ 4, la Audiencia Nacional afirma de forma explícita que «el solicitante se encuentra en España desde el 26 de diciembre de 2015 y la solicitud no se habría formalizado hasta el 5 de enero de 2016» (Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. II, de 8 de junio de 2017).

39. *Vid.* Reneman (2004: 717-748); y Valles Ferrero (2015-2016: 226-245).

40. Para una definición *vid.* nota núm. 42.

41. Ley 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de Seguridad Ciudadana, BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000.

42. Las expresiones «devoluciones en caliente» y «rechazos en fronteras» se utilizan coloquialmente para aludir a la práctica de las fuerzas y cuerpos de seguridad de rechazar en frontera y devolver al Estado de origen aquellas personas extranjeras que han superado o han sido interceptadas en el intento de superar irregularmente los dispositivos de contención fronterizos. Por lo tanto, no son definiciones jurídicas, sino locuciones que designan un fenómeno concreto que suele asociarse a los denominados «asaltos a las vallas» en las ciudades españolas de Ceuta y Melilla (*vid.* Canal Uned, *¿Qué es el rechazo en frontera?*, disponible en: <[https://canal.uned.es/video/5a6fa845b1111f2f118b45a9?track\\_id=5a6fa845b1111f2f118b45ac](https://canal.uned.es/video/5a6fa845b1111f2f118b45a9?track_id=5a6fa845b1111f2f118b45ac)>. [Consulta: 15/10/2018.]. Esas dos expresiones se utilizan indistintamente para subrayar el hecho de que esas deportaciones se ejecutan sin regulación procedimental alguna. *Vid.* González García (2015: 309-329). Sin embargo, cabe introducir algunas matizaciones. Primero surgió el término «devoluciones en caliente» para definir la (mala) *praxis* consistente en deportar forzosamente —de forma masiva y constante— a las personas migrantes de España hacia Marruecos. Posteriormente, a raíz de su consolidación y legalización en la disposición adicional décima de la LOEX, se acuñó la expresión «rechazos en fronteras», que dejaba atrás el sentido colectivo. A título de ejemplo, *vid.* las noticias sobre rechazos y devoluciones de menores en Melilla: <<https://vimeo.com/113651883> y [https://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/09/140915\\_devoluciones\\_caliente\\_espana\\_ac](https://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/09/140915_devoluciones_caliente_espana_ac)>. [Consulta: 15/10/2018.]

43. En su último inciso, la disposición adicional décima dispone: «Las solicitudes de protección internacional [...] se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional». Sin embargo, todavía no se le ha dado ningún desarrollo reglamentario específico. Al respecto, *vid.* la crítica de Ruiz Sutil (2016: 329-336).

44. Real Decreto Ley 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba su Reglamento, BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011. Sobre la posibilidad de extender el procedimiento de devolución (*ex arts.* 58 LOEX y 23 RLOEX) a cualquier persona interceptada en el intento de acceder por vía marítima o terrestre a Ceuta y Melilla, *vid.* Sánchez Tomás (2018: 101-135).

45. Para un análisis profundizado sobre las violaciones de derechos consecuentes a las «devoluciones en caliente», *vid.* Melero Alonso (2015).

46. Protocolo núm. 4 al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, referencia CETS núm. 046. En ese sentido, *vid.* Espiniella Menéndez (2016: 321-328); y Soler García (2018: 107-160).

47. Aplicación provisional del Acuerdo entre Reino de España y Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1991, BOE núm. 100, de 25 de abril de 1992, pp. 13969-13970.

48. *Vid.* nota núm. 42.

49. *Vid.* Equipo I+D+I IUSMIGRANTE (DER2011-26449), «Expulsiones en caliente»: cuando el estado actúa al margen de la Ley», Informe Jurídico, de 27 de junio de 2014, en Repositorio de la producción académica en abierto de la UCM.
50. Así lo demuestran algunos autores españoles que ya preanunciaban su importancia antes de que el TEDH dictase su fallo (*vid.* Enériz Olaechea, 2017).
51. *Vid.* nota núm. 43.
52. *Vid.* los testimonios del Comisionado para los Derechos Humanos y de ACNUR en el asunto *N.D. y N.T. vs. Spain*, judgment (merits and satisfaction), núm. 8675/15 and 8697/15, ECHR, § 86 y 87, 2017.
53. *Vid.* Valles Ferrero (2015-2016: 13).
54. Para un análisis de las demás *quaestio facti* planteadas por las partes recurrentes, *vid.* Ochoa Ruiz (2018: 105-129).
55. Primera, pero no última: el TEDH pronto tendrá que pronunciarse sobre dos supuestos del mismo tenor; se trata de la demanda *Doumbé Nnabouchi vs. Espagne*, requête, núm. 19420/15, de 13 de abril 2015 y del recurso *Balde et Aabel vs. Espagne*, requête, núm. 20351/17, de 9 de marzo 2017.
56. Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, DOUE Serie L 348/98, de 24 de diciembre de 2008.
57. Directiva 2005/85/EC, del Consejo de 2 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o reiterar la condición de refugiado, DOUE Serie L 326/13, de 13 de diciembre de 2005.
58. Para un análisis sobre la Directiva de retorno, *vid.* Fajardo del Castillo (2009:453-499).
59. *Vid.* *Khlaifia and others vs. Italy*, (merits and just satisfaction), núm. 16483/12, ECHR, § 41, 2016.
60. El texto no ha sido publicado. El Ministerio de Asuntos Interiores italiano ha colgado un comunicado, muy sucinto, sobre el contenido de dicho Acuerdo en la página web de la Farnesina. Disponible en: <[https://www.esteri.it/mae/it/sala\\_stampa/archivionotizie/approfondimenti/2011/04/20110406\\_accordo\\_italiatunisia.html](https://www.esteri.it/mae/it/sala_stampa/archivionotizie/approfondimenti/2011/04/20110406_accordo_italiatunisia.html)>. [Consulta: 23/02/2018.]
61. El TEDH lo ha hecho en otros supuestos, aunque de forma muy puntual (*vid.* *Bubbins vs. United Kingdom*, (merits and just satisfaction), núm. 50196/99, ECHR, § 170, 2005). Por esta razón, en su análisis del art. 13 del CEDH, Arrese Iriando (<sup>3</sup>2015: 717-757) destaca dos características del derecho a un recurso efectivo: en primer lugar, individualiza su carácter «dependiente» de la violación de otro derecho o libertad reconocido por el CEDH; y, en segundo lugar, le atribuye un cierto grado de autonomía puesto que, aunque finalmente se considere que el derecho sustantivo no ha sido infringido, cabe la posibilidad de que el Estado sea condenado por quebrantamiento del art. 13. Sin embargo, debemos considerar que, hoy en día, el reconocimiento de ese grado de «autonomía» es muy limitado. Por un lado, porque al recurrente se le impide impugnar directamente ante el TEDH una violación del art. 13; y, por otro, porque el TEDH ha asumido esa interpretación en muy pocas ocasiones y, desde luego, nunca en los supuestos de solicitud de protección internacional.
62. En el ámbito de la protección internacional destacan, en primer lugar, la prohibición a la tortura y el derecho a la vida consagrados en los arts. 3 y 2 y, subsidiariamente, el derecho al respeto a la vida privada y familiar del art. 8 de la CEDH (*vid.* *Souza Ribeiro vs. France*, (merits and just satisfaction), núm. 22689/07, ECHR, § 83, 2012).

63. Ello a pesar de la incorrecta formulación de la petición de las partes recurrentes: § 112 «Los demandantes sí estiman que, en caso de una violación del artículo 4 del Protocolo núm. 4, las vías de recurso disponibles deben tener un efecto suspensivo automático para que puedan ser consideradas como efectivas con arreglo al artículo 13 del Convenio». Es incorrecta porque el art. 4 del Protocolo núm. 4 del CEDH establece la prohibición absoluta de las expulsiones colectivas, con independencia de que pueda verse afectada la prohibición del *refoulement*. El riesgo de que se vean afectados los derechos a la vida y a la integridad psicofísica del extranjero está vinculado al hecho de que el recurrente es solicitante de protección internacional y no a la expulsión en sí.

64. En ese sentido, *vid.* las conclusiones del Ab. General Yves Bot (sección contencioso-administrativa del Consejo de Estado, Países Bajos) en su petición de decisión prejudicial planteada al TJUE en relación con la interpretación del art. 39 de la Directiva de Procedimiento 2005/85/CE y, por reflejo, del art. 46 de la actual Directiva de Procedimiento (Conclusiones del Ab. General Sr. Yves Bot, presentadas el 24 de enero de 2018, *X vs. Belastingdienst/Toeslagen* y *X e Y vs. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, asuntos C-175/17 y C-180/17, ECLI:EU:C:2018:34).

65. Es importante señalar que el derecho de acceso a la justicia remite a otra tutela otorgada por el CEDH, el derecho a un proceso equitativo del art. 6. El TEDH considera que la norma no puede aplicarse a los procedimientos en materia de asilo e inmigración, al existir otra norma vinculante en la materia en el Protocolo núm. 7 (Protocolo núm. 7 al Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, referencia CETS núm. 117), cuyo art. 1 prevé que el extranjero residente legal no puede ser expulsado y tiene reconocido el derecho a: «a) hacer valer sus razones contra la orden de expulsión, b) hacer examinar su caso, c) hacerse representar a tal fin ante la Autoridad competente o ante una o más personas designadas por dicha Autoridad» (*vid. Panjeighalehey vs. Danmark*, (merits and satisfaction), núm. 11230/07, ECHR, 2007). Para un análisis exhaustivo sobre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva *ex art.* 6 del CEDH, *vid.* Milione (2015).

66. Por el contrario, el TEDH condenó a Italia basándose en una lectura combinada de los arts. 3 y 13 del CEDH (§ 270 y 271).

## BIBLIOGRAFÍA

- ARRESE IRIONDO, M. Nieves (<sup>3</sup>2015): «Artículo 13. Derecho a un recurso efectivo», en I. Lasagabaster Herrarte (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, 3ª edición, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 717-757.
- ENÉRIZ OLAECHEA, Francisco Javier (2017): «El rechazo en las fronteras de Ceuta y Melilla. Alcance de la Disposición Adicional Décima de La Ley Orgánica de Extranjería», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3.
- ESPINIELLA MENÉNDEZ, Ángel (2016): «Crítica al régimen especial de rechazos en la frontera de Ceuta y Melilla», *Revista Española de Derecho Internacional*, 68 (2), 321-328.
- FAJARDO DEL CASTILLO, Teresa (2009): «La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 13 (33), 453-499.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela (1990): *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Madrid: Tecnos.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (2015): «Expulsiones “en caliente”, devoluciones y petición de asilo en Ceuta y Melilla», *Revista de Administración Pública*, 196, enero-abril, 309-329.
- GONZÁLEZ VEGA, Javier A. (2017): «Mitos y mistificaciones: la Unión Europea y la protección internacional (a propósito de la “crisis de los refugiados”)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 56, 27-75.
- IMBRUGLIA, Daniele (2015): «La giurisdizione civile», en P. Gianniti (ed.), *La CEDU e il ruolo delle Corti*, Trento: Zanichelli.
- LENZERINI, Federico (2009): *Asilo e diritti umani*, Milán: Giuffrè.



- LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. (2015): «Los efectos de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Derecho español», *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo*, 50, 195-230.
- LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, Carmen (2017): «Las fronteras de Ceuta y Melilla: un análisis desde la perspectiva de la seguridad de los derechos humanos», en J. Roldán Barbero (dir.), *La seguridad nacional en España, Un enfoque geoestratégico*, Valencia: Tirant lo Blanch, 53-98.
- MELERO ALONSO, Eduardo (2005): «El retorno en frontera en Ceuta y Melilla (o las “expulsiones en caliente”): un supuesto de derecho administrativo del enemigo», *Revista española de Derecho Administrativo*, 174.
- MILIONE, Ciro (2015): *El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MILLÁN MORO, Lucía (1991): «La eficacia directa de las directivas: evolución reciente», *Revista de Instituciones Europeas*, 18 (3), 845-879.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2015): «Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales de la Unión Europea: problemas de articulación», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 50, 195-230.
- OCHOA RUIZ, Natalia (2018): «Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto “N.D. y N.T. c. España”, Demandas 8675/15 y 8697/15, Sentencia de 3 de octubre de 2017», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4, abril, 105-129.
- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio (2004): «La interrelación de los sistemas de protección de los derechos fundamentales», en E. Álvarez Conde, E., y V. Garrido Mayol (dirs.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Tomo II, Valencia: Tirant lo Blanch.
- PÉREZ VERA, Elisa (2017): «La problemática adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos», en J. Alcaide Fernández, J., y E. W. Petit de Gabriel (coords.), *España y la Unión Europea en el orden internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- RENEMAN, Marcelle (2004): «Speedy Asylum Procedures in the EU: Striking a Fair Balance Between the Need to Process Asylum Cases Efficiently and the Asylum Applicant’s Right to an Effective Remedy», *International Journal of Refugee Law*, 25 (4), 717-748.
- (2014): *EU Asylum procedures and the right to an effective remedy*, Croydon: Hart Publishing.
- RUIZ SUTIL, Carmen (2016): «El rechazo en frontera o la denominada “Devolución en caliente” y su regulación en la LOEX», *Revista Española de Derecho Internacional*, 68 (2), 329-336.
- SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel (2018): «Las “devoluciones en caliente” en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, AS. N.D. y N.T. vs. España, de 03.10.2017)», *Revista Española de Derecho Europeo*, 65, enero-marzo, 101-135.
- SAN MARTÍN ONTORIA, Ana Belén (2016): «Derecho a un recurso efectivo y con efecto de suspensión automática en el ámbito del TEDH: La sentencia del 22 de abril de 2014, asunto A.C. y otros contra España», en A. Pastor Palomar (dir.), *Temas relevantes de Derecho Internacional público ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia.
- SOLER GARCÍA, Carolina (2018): «La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España», *Revista General de Derecho Europeo*, 45, 107-160.
- VALLES FERRERO, María (2015-2016): «¿Vallas al asilo? Apuntes sobre el sistema de protección internacional en España», *Anuario CIDOB de la Inmigración* Barcelona: CIDOB, 226-245.
- WOUTERS, Kees (2009): *International Legal Standards from the protection from Refoulement*, Oxford y Portland: Intersentia, Antwerp.

**Fecha de recepción: 21 de septiembre de 2018.**

**Fecha de aceptación: 8 de noviembre de 2018.**



# NORMAS DE EDICIÓN DE LA REVISTA

<http://teoriayderecho.tirant.com>



## I. CRITERIOS GENERALES PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS A LA REVISTA *TEORÍA & DERECHO*

1. Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales e inéditos.
2. Los originales de los artículos de las dos primeras secciones («Debate» y «Estudios») tendrán una extensión de entre 8.000 y 14.000 palabras como máximo, un interlineado de 1.5 y letra de cuerpo 12. Deberán presentarse en soporte informático, preferentemente en Word (o formato revisable).
3. Los términos de presentación de originales finalizan el 1 de mayo (para el número que se publica en diciembre) y el 1 de noviembre (para el número que se publica en junio del año siguiente).
4. Al comienzo del texto han de indicarse el título del artículo, el nombre y apellidos del autor o autora, su cargo o profesión y la vinculación institucional con la que los autores o autoras desean aparecer identificados en el encabezamiento del artículo.
5. Los autores y autoras harán llegar con el artículo los datos suficientes para que la redacción de la Revista se pueda poner en contacto con ellos (dirección postal, teléfono y dirección electrónica).
6. Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen de 10 líneas o 1.000 caracteres en castellano y en inglés. También hay que incluir una lista de cinco o seis palabras clave o descriptores de la materia en castellano y en inglés. El título del artículo debe escribirse en español y en inglés.
7. Los artículos deben ir precedidos de un sumario de los diferentes apartados en que se estructuran. Los títulos y subtítulos de los textos seguirán el denominado «Sistema de numeración decimal de capítulos» y se escribirán solo con cifras arábigas. Las secciones se numerarán correlativamente a partir de 1; cada sección o epígrafe puede subdividirse en  $n$  partes (subtítulos o subepígrafes) desde 1 hasta  $n$ ; cada subepígrafe, a su vez, puede dividirse en otras subsecciones o partes menores desde 1 hasta  $n$ , y así sucesivamente: (1., 1.1., 1.2., 1.2.1...) (4., 4.1, 4.1.1, 4.1.2...).
8. En el caso de los artículos publicados en la sección «Temas de Hoy», se podrán obviar algunos requisitos formales de la revista (resumen, informes externos, extensión, originalidad), pero nada impide que el original enviado los cumpla plenamente, en cuyo caso la Revista lo hará constar.
9. En las traducciones y textos de la sección titulada «Varia» no se exige el cumplimiento de los requisitos anteriores.

## II. ADMISIÓN DE ORIGINALES Y SISTEMA DE EVALUACIÓN

Los originales publicados en las secciones «Debates» y «Estudios» serán sometidos al criterio de expertos. El sistema de arbitraje recurre a evaluadores externos y la Revista garantiza su anonimato. Cualquiera de los evaluadores puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado. Los autores recibirán el resultado de la evaluación y, en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las modificaciones propuestas por los evaluadores.

Los evaluadores tendrán en cuenta, especialmente: *i*) la idoneidad temática; *ii*) la calidad y el rigor de los argumentos que se presentan; *iii*) la adecuación de la estructura expositiva del texto; *iv*) la oportunidad y relevancia del artículo para la discusión de problemas en su área de investigación; y *v*) la validez de los datos y las fuentes bibliográficas.

Tras la evaluación realizada por los expertos, la publicación definitiva de los trabajos será sometida de nuevo a la consideración del Consejo Editorial de *Teoría & Derecho*, que se reserva la facultad de revisar y corregir los textos si estos presentan errores ortotipográficos, gramaticales o de estilo.

## III. CORRESPONDENCIA CON LA REVISTA

Los originales deben ser enviados por correo electrónico a la dirección: [teoria.derecho@uv.es](mailto:teoria.derecho@uv.es). Los autores deben mandar dos archivos diferenciados en formato Word o compatible. El primero de ellos será el texto original que deberá estar completamente cegado y no contener ninguna referencia que permita al

revisor/a conocer su autoría. En este mismo deberá aparecer el título, resumen y palabras clave en español e inglés. Asimismo, deberá suprimirse cualquier propiedad del archivo que haga referencia al autor o autora. El segundo documento debe contener título del texto, nombre y apellidos del autor, institución de origen, puesto que se ocupa en la actualidad, dirección de correo electrónico, así como los agradecimientos y referencias a proyectos de investigación en los que se enmarque la investigación del artículo.

Adjunto a los anteriores debe remitirse cumplimentado el formulario relativo a la gestión y protección de los datos personales por parte de la editorial de acuerdo con la normativa vigente. Dicho formulario puede encontrarse en la web de la revista: [teoriayderecho.tirant.com](http://teoriayderecho.tirant.com).

También pueden remitirse por correo postal (copia impresa y en soporte digital) a la siguiente dirección: Revista *Teoría & Derecho*. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entresuelo, Valencia 46010.

#### IV. SISTEMA DE CITAS

1. Habida cuenta de la naturaleza de la revista, orientada fundamentalmente a la reflexión y al pensamiento teórico, el Consejo Editorial considera que la forma óptima de presentar las referencias es a través de una nota bibliográfica general situada al final del texto que refleje el estado de la cuestión, los textos más relevantes y la fundamentación de las tesis del autor.

2. Podrá utilizarse también el sistema fecha / autor (o «sistema Harvard») de citas, esto es, referencia en el texto y elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas se insertarán en el texto con un paréntesis que contenga: autor (coma), año de aparición de la obra y número(s) de página(s) precedido(s) de dos puntos. Ejemplo: (Vives, 2011:129).

Si se trata de una segunda (o posterior) edición de la obra, tal circunstancia se indicará con una voladita situada antes del año de publicación. Ejemplo: (Vives, <sup>2</sup>2011: 129).

– Al final del artículo se incluirá un elenco con las referencias completas de todas las obras mencionadas, según los criterios que se indican seguidamente.

En el caso de que se citen varias obras del mismo autor, se ordenarán cronológicamente. En la segunda y siguientes menciones, se sustituirán los apellidos y el nombre del autor por una doble raya (—) seguida de un espacio fijo y sin ninguna puntuación antes del paréntesis en el que se indica el año de publicación.

Si se citan varias obras del mismo autor y año, tanto en las referencias del texto principal como en el elenco bibliográfico se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula, que se escribirá en cursiva (2011a).

Si la obra referenciada es de dos o más autores, únicamente se invertirá el orden del nombre y los apellidos del primer autor de la obra, pero no el de los autores sucesivos. Ejemplo: Pérez López, José, Marisa Fernández García y Javier Rodríguez Jiménez (2015): «Los delitos económicos», *Revista de Penología*, 23 (2), 45-64.

La fórmula anterior es preferible a la de consignar únicamente el nombre del primer autor seguido de las expresiones *et al.* (en cursiva) o «y otros», que también son admisibles.

Tanto en el texto principal como en la bibliografía se utilizarán las comillas angulares o latinas (« »), no las inglesas (“ ”). Si dentro de una oración o segmento de texto ya entrecomillado hay una expresión o un enunciado también entrecomillado, se utilizarán las comillas inglesas: (« “ ” »)

– En todo caso, las referencias completas del elenco bibliográfico deberán ser presentadas de la siguiente forma:

- Libros: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero), año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del libro (en cursiva y con mayúscula solo en la inicial de la primera palabra: la mayúscula en todas las palabras del título es una práctica anglosajona), lugar de edición (dos puntos), nombre del editor, (y, eventualmente, colección).

Ejemplo: Vives Antón, Tomás S. (2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

- Capítulos de libro: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra (entre comillas angulares), responsables subordinados (compiladores, editores, etc., precedidos de «en»; el nombre de pila de los responsables subordinados puede consignarse con la inicial antes del apellido), título del libro (ver arriba), lugar de edición (dos puntos), nombre del editor, (y, eventualmente, colección) y páginas (sin las grafías «pp.»).

Ejemplo: Pérez Pérez, María y Laura Martínez Martínez (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en P. Rodríguez Pérez y M. Ramos Ramos (comps.), *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid: Teorema, 34-51.

- Artículos de revista científica: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del artículo (entre comillas angulares y con mayúscula solo en la primera palabra), nombre de la revista (en cursiva y mayúsculas), (eventualmente, volumen y número de la revista) y páginas (sin las grafías «pp.»).

Ejemplo: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28 (1), 1-14.

- Recursos electrónicos: la inclusión de la referencia de los textos en formato electrónico en el elenco bibliográfico solo será obligatoria cuando el documento *únicamente* sea accesible en la red y no esté publicado en una revista o libro (incluidos los electrónicos). En este caso, la cita deberá presentarse del siguiente modo: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra, indicación de soporte entre corchetes («[en línea]»), dirección completa y disponibilidad, que empezará siempre con el protocolo de transferencia de hipertexto (http) e irá entre antibarras y con punto después de la antilambda de cierre (< >.), y fecha de consulta (entre corchetes y con punto final antes del corchete de cierre).

Ejemplo: Romero Carrascal, Susana (2008): «Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico» [en línea], <<http://www.arxiv.org/abs/080528-romero-1>>. [Consulta: 12/06/2014.]

## V. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Los autores y autoras ceden en exclusiva a la Revista los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos. Asimismo, permiten al Consejo de la revista distribuir sus contenidos en todas aquellas bases de datos científicas en la que se encuentre indexada la Revista, siempre con el objetivo de asegurar una amplia distribución de los contenidos cedidos por los autores.

## VI. ÍNDICES DE CALIDAD Y BASES DE DATOS

Cumple todos los criterios de calidad de revistas establecidos por el Comité 9 CNEAI (sexenios)

Journal Scholar Metrics. Revistas Españolas de Derecho

[http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=rank&subject=law&start=100&order=h5\\_index&sort=DESC&related=T&country=es](http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=rank&subject=law&start=100&order=h5_index&sort=DESC&related=T&country=es)

ERIH PLUS (European Index for de Humanities and the Social Sciences) La revista Teoría y derecho ha sido incluida en este índice en febrero de 2017.

<https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/periodical/info?id=488762>

Google Scholar Metrics (2011-2015), Índice H de las revistas científicas españolas. La revista es la 81 de 148 posiciones.

CARHUS PLUS : valorada como A

RESH (Revistas españolas de ciencias sociales y humanidades).

Incluida en revistas jurídicas interdisciplinares. La mejor valorada por los expertos

<http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores>

DICE (Difusión y calidad editorial de las revistas españolas de humanidades y ciencias sociales y jurídicas) <http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443>

LATINDEX: cumple 33 criterios, sobre 33.

ISOC: Sumarios Derecho

CIRC: Calificada como B



## I. GENERAL CRITERIA FOR SUBMISSIONS TO THE JOURNAL *TEORÍA & DERECHO*

1. All manuscripts submitted for consideration should be original and unpublished.
2. «Debate» and «Estudios» original texts should average between 8.000 and 14.000 words in length, spaced in 1.5, and 12p for the body type. They must be submitted electronically, preferably in Word (or other similar revisable format).
3. Submissions are required to be sent before May 1st. (for December's issue) and before November 1st. (for next year's June's issue).
4. At the beginning of the article, authors must indicate the title of the paper, full name of the author(s), position of the author(s), and the institution they come from.
5. Authors must send their contact information (specifically: address, telephone number and e-mail) within their submission form in order to allow the Journal to maintain regular contact with them.
6. Submissions must include an abstract of 10 lines or 1000 characters and a list of 5-6 key words in Spanish and English languages in any case. Titles must be written in Spanish and English.
7. Submissions should include a Summary, where titles of the different sections of the text are written. Submission structure must follow the so-called «Decimal Numbering System for Chapters and Subheading», and they should be written only with Arabic figures. Sections will be numbered consecutively starting on number 1. Each one can be divided in  $n$  sections, from 1 to  $n$ ; each subsection can also be divided from 1 to  $n$ , and so on: (1., 1.1., 1.2., 1.2.1...) (4., 4.1., 4.1.1., 4.1.2...).
8. Submissions to the section «Temas de Hoy» may omit, fully or partially, the formal requirements mentioned (abstracts, peer review, length and the requirement to be an unpublished work), although the manuscript submitted may accomplished some or all of them. In this case, the Journal *Teoría & Derecho* would mention it.
9. In the case of texts and translations submitted to the «Varia» section, there is no need to comply with the formal requirements mentioned above.

## II. PEER REVIEW PROCESS AND REVIEW OF SUBMISSIONS

In order to select the texts to be published, all submissions will be reviewed through a peer review process. The assessment will be carried out by two reviewers. These reviewers, preferably external experts, will be anonymous and they will present their reconsiderations on admitted texts. In order to be published, submissions should obtain a positive assessment of both reviewers. In case of contradiction, the final decision will be taken by the Editorial Board. Authors will receive the reviewers' reconsiderations and they will be given an appropriate period of time to modify their texts according to the comments of the experts.

Reviewers will take into consideration the following: *i)* the thematic suitability; *ii)* the scientific quality and the competence of the arguments presented; *iii)* the appropriateness of the text's structure; *iv)* the opportunity and relevance of the submission in a given research area; and *v)* the acceptance of the data and bibliographical resources used.

Once the revision process undertaken by the experts has finished, the final text to be published will be approved by the Editorial Board of the Journal, which will be competent as well to make orthotypographic, grammatical and writing-style corrections, if necessary.

## III. CORRESPONDENCE WITH THE JOURNAL

Manuscripts should be sent to this e-mail address: [teoria.derecho@uv.es](mailto:teoria.derecho@uv.es)

Authors must send two different files in Word (or compatible format). First the manuscript which must be completely blind. This is, no reference may let the reviewer know the authorship. In this one, the

title, the abstract and the keywords must be included in English and Spanish. Moreover, all the properties of the file referring to the author/s must be also erased. The second file should contain: the title, name and surname/s of the author/s, institution, current position, email address, and the acknowledgments and references to the research projects or so on within which the research has been developed.

Attached to the former ones, the form related to the personal data protection and its treatment should be submitted to the editorial, according to the current regulations. This form can be downloaded at the website of the journal: [teoriayderecho.tirant.com](http://teoriayderecho.tirant.com)

Manuscripts can be also sent through postal mail to Revista *Teoría & Derecho*. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entresuelo, 46010 Valencia.

#### IV. QUOTES CITATION FORMAT

Only two citation systems can be used:

1. Taking into account the nature of the Journal, which is orientated to theoretical thought, it should be preferred to include the bibliographical references at the end of the article, through a bibliographic note which reflects the state of the question, the most relevant articles and the fundamentals of the author's thesis or reasoning.

2. The date / author citation system (or Harvard system) could also be used. In this case, a list of bibliography must be placed at the end of the document.

Doing this, citations should go in brackets, including author's surname, date of publication and the page / s. For instance, (Vives 2011:129).

If it is a second or later edition, this matter will be indicated with a superscript, written just before the year of publication. For instance, (Vives, <sup>2</sup>2011: 129).

– At the end of the article, a complete list of bibliography should be included according to the following criteria:

If several papers of the same author are cited, they should follow a chronological order. In second and subsequent mentions, authors' surnames and names will be substituted by a double line (—), followed by a space, and no punctuation before the brackets, with the year of publication.

If the articles or books are published by the same author in the same year, they will be ordered alphabetically with a lowercase letter written in italics (2001*a*).

If the paper referenced to is written by two or more authors, the order will be changed only in relation to the first author's name and surnames. For instance, Pérez López, José, Marisa Fernández García y Javier Rodríguez Jiménez (2015): «Los delitos económicos», *Revista de Penología*, 23 (2), 45-64.

The previous system will be preferable to the one in which the first author's name is followed by the expression *et al.* (italics) or «and others», although the latter is also allowed.

In the main text and in the bibliography, Latin / Spanish quotation marks (« ») will be used, not English quotation marks (“ ”). English quotation marks can be used whenever an expression and / or part of a sentence is already quoted, within the major sentence (« “ ” »).

– In any case, bibliographical references must be quoted in the following way:

Books: Author's or Authors' Surname / s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the book (italics and capital letter only the initial of the first word, not all the words), place of edition (colon), editor's name, and, eventually, collection.

For instance: Vives Antón, Tomás S. (<sup>2</sup>2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Book chapter: Author's or Authors' Surname / s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the chapter (double quotation marks), person in charge of the edition (editor, coordinator, compiler... , preceded by «in»; name of person in charge may be written with the initial before the surnames), title of the book (italics and capital letter only the first letter of the first word, not with all the words), place of edition (colon), editor's name, eventually, collection, and pages (without any graphical symbol).

For instance: Pérez Pérez, María y Laura Martínez Martínez (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en P. Rodríguez Pérez y M. Ramos Ramos (comps.), *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid: Teorema, 34-51.

Article of Scientific Journals: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the article (double quotation marks), title of the journal (italics and capital letters), eventually volumen and issue of the journal, and pages (without any graphical symbol).

For instance: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28 (1), 1-14.

Electronic Resources: References to an electronic resources in the list of bibliography is not compulsory when the resource is only available online and it is not published in a journal or book (even electronic ones). If so, the reference should be as follows: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the resource (double quotation marks), format between square brackets («[on line]»), link and availability, beginning always with the Hypertext Transfer Protocol (http) and it will be between broken brackets, followed by a stop after the end (< >.), and date of reference (with square brackets and full stop before the end square bracket).

For instance, Romero Carrascal, Susana (2008): «Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico» [en línea], <<http://www.arxivrs.com/index.php/documents/formacio-1/jornades-d-estudi-i-debat-1/228-jed-080528-romero-1/file>>. [Date of reference: 12/06/2014.]

## V. COPYRIGHT NOTICE

The authors of submitted texts agree to assign their copyright and reproduction rights to the Journal. Therefore, the Journal will have exclusive rights to authorize the reproduction public display and / or distribution of the work. The authors authorize the Journal to make the work available and to share its content in scientific databases, in which the Journal is indexed, in order to make sure a greater citation of those contents granted by the authors.

## VI. SCIENTIFIC RANKINGS AND DATABASES

The Journal meets the quality criteria established by the "Comité 9 CNEAI" (six-year terms)

Journal Scholar Metrics / Spanish Scientific Legal Journals

[http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=rank&subject=law&start=100&order=h5\\_index&sort=DESC&related=T&country=es](http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=rank&subject=law&start=100&order=h5_index&sort=DESC&related=T&country=es)

ERIH PLUS (European Reference Index for the Humanities and Social Sciences). The Journal *Teoría & Derecho* has been indexed in February 2017.

<https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/periodical/info?id=488762>

Google Scholar Metrics (2011-2015), H Index of Spanish Scientific Journals. The Journal is ranked 81 out of 148.

CARHUS PLUS : Position A

RESH (Spanish Journals of Social Sciences and Humanities). The journal is the highest ranked within the interdisciplinary scientific journals.

<http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores>

DICE (Dissemination and editorial quality of the Spanish Scientific Journal of Humanities and Social and Legal Sciences)

<http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443>

LATINDEX: it meets 33 criteria out of 33.

ISOC: Abstracts in Law

CIRC: Position B



# NORMAS ÉTICAS Y DECLARACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS

<http://teoriayderecho.tirant.com>



## NORMAS ÉTICAS Y DECLARACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS

*Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico* es una revista académica que publica trabajos científicos y asume un firme compromiso con el cumplimiento de los estándares éticos y buenas prácticas. Tirant lo Blanch, editor de la revista, y su Comité editorial son responsables de determinar y mantener las siguientes normas en el proceso de selección y aceptación de contribuciones remitidas, así como de asumir las responsabilidades que deriven del proceso de publicación. Asimismo, se comprometen a velar por la ética y la calidad científica y académica de la revista, y a que todas las partes involucradas acepten y respeten los principios que siguen.

## OBLIGACIONES DE LOS AUTORES

Los autores de los artículos deberán respetar las siguientes obligaciones, así como cumplir las instrucciones para los autores que pueden encontrarse en la página web de la Revista y que se incluyen en cada número.

Los autores se comprometen a presentar manuscritos que no estén sujetos a consideración o que hayan sido enviados previamente a otras publicaciones, y a someterlos a un proceso anónimo de revisión. La investigación debe haber sido desarrollada de acuerdo con estándares éticos e incluirse en la publicación, de modo que se aporte la suficiente información para permitir la réplica académica. Todos los autores deben mencionar las fuentes de financiación que les ha permitido llevar a cabo la investigación y alcanzar los resultados pertinentes, así como la posible influencia de estos en los mismos.

Los artículos remitidos deben ser trabajos completamente originales y, en el caso de que los autores hayan utilizado el trabajo y/o fragmentos de otros, estos deben ser citados de forma adecuada, según las indicaciones anteriormente referidas. Cualquier forma de plagio constituye una práctica contraria a estas buenas prácticas y no se aceptará bajo ninguna circunstancia. Los autores no deben plagiar, práctica por la que se entenderá una copia literal o casi literal, una paráfrasis del texto o de los resultados de la investigación de otros autores.

No es adecuado que un autor remita más de un trabajo en los que se describa una misma investigación, a menos que se trate de una remisión de un artículo rechazado para su publicación en otra revista.

En caso de conocer un error fundamental o una imprecisión relevante en los trabajos ya publicados, los autores deben comunicarlos a la revista.

## OBLIGACIONES ÉTICAS DE LOS EDITORES

Los editores son responsables del cumplimiento de las obligaciones anteriormente enunciadas, deben velar por asegurar la calidad científica y académica de *Teoría & Derecho*, y son los principales responsables de la legalidad en materia de propiedad intelectual, derechos de autor, infracción y plagio.

El editor debe respetar la independencia intelectual de los autores y considerar todos los originales remitidos para su publicación, valorando cada una de las contribuciones de forma objetiva. También es el responsable de garantizar a autores y revisores que los manuscritos serán sometidos a un proceso de revisión anónimo. La decisión última y la responsabilidad sobre la aceptación o rechazo de un original recaerá en el Comité editorial.

Es obligación de los editores buscar revisores, que serán escogidos por razón de su prestigio, conocimientos y buen juicio, y valorarán la calidad científica de los trabajos remitidos a la revista. No obstante, los trabajos pueden ser rechazados para su publicación sin revisión externa si, a juicio de los editores, el trabajo es inapropiado para ser publicado en la revista. Esta decisión deberá basarse en la inadecuación del trabajo al contenido y la línea de la revista, la ausencia de actualidad o de suficiente interés, la incorrección formal, o cualquiera otra razón relacionada con el ámbito de la revista. Los artículos, por tanto, se valorarán únicamente con base en su contenido, con independencia de intereses comerciales y sin discriminación de tipo étnico, racial, ideológico, religioso, de género o cualquier otra hacia el autor.

Los editores deben comunicar el resultado de los informes de valoración a los autores sin revelar ningún tipo de información acerca de la identidad de los revisores, pero informarán de los criterios utilizados por estos a la hora de evaluar el trabajo de cara a su publicación.

Los miembros del Comité editorial y cualquier otro editor no deben desvelar ningún tipo de información sobre un original sometido a consideración a nadie más que aquellos a quienes se solicite asesoramiento académico o científico. La confidencialidad debe ser protegida en todo caso durante el proceso de revisión (de los revisores para el autor, y viceversa). Los editores se abstendrán de participar de la evaluación y cualquier otro proceso editorial que incluya manuscritos en caso de tener algún conflicto de interés a causa de una posible relación competitiva, de colaboración o de otro tipo con cualquiera de los autores del manuscrito presentado.

La información no publicada, los argumentos o las interpretaciones contenidas en un original remitido a la revista no podrán ser utilizados en investigaciones desarrollada por los editores.

## OBLIGACIONES DE LOS REVISORES

Los revisores tienen el deber de enjuiciar y valorar de forma objetiva la calidad de los originales, así como su originalidad, haciendo especial hincapié en el mantenimiento de la calidad científica y los estándares científicos. Los revisores ayudan a los editores en la toma de decisiones y pueden asistir a los autores a la mejora de los trabajos.

El revisor advertirá al editor de cualquier similitud sustantiva entre el manuscrito bajo revisión y cualquier artículo o manuscrito similar enviado o publicado en cualquier otra revista o editorial.

Los revisores deben actuar de forma adecuada, remitiendo su informe de valoración en el plazo establecido, aun de modo aproximado. Cuando un revisor propuesto considere no que no es la persona idónea o apta para valorar de la investigación presentada o que sepa que no será posible cumplir los plazos para la revisión, deberá notificar al editor y excusarse tan pronto como sea posible.

Los revisores deben considerar un original sometido a revisión como un documento confidencial. Nunca deberá ser mostrado o discutido con terceros, salvo en casos excepcionales en los que podrá consultarse a personas que puedan asesorar científica o académicamente; en estos supuestos, las identidades de las personas consultadas deben ser reveladas al editor.

## CORRECCIONES Y RETRACTACIÓN

En caso de reconocer algún dato o información publicado en la revista *Teoría & Derecho* como falso, erróneo, engañoso o fraudulento, los editores deberán informar a los autores de estas circunstancias y esperar una respuesta de los mismos antes de tomar una decisión editorial. En caso de no quedar satisfechos con la respuesta o si no hay ninguna, los editores podrán decidir retractarse de lo publicado previo acuerdo del Consejo editorial.



La revista *Teoría & Derecho* atenderá cualquier reclamación y queja sobre los contenidos publicados a través de la dirección [teoria.derecho@uv.es](mailto:teoria.derecho@uv.es). Los editores se comprometen a hacer un seguimiento y proceder a la revisión y, en su caso, retractación si estos son necesarios.

Cuando proceda una retractación o una corrección de lo publicado en la revista, los editores se guiarán por los principios contenidos en las Guidelines for Retracting Articles del Committee on Publication Ethics (COPE).

## ETHICAL GUIDELINES FOR JOURNAL PUBLICATION

*Teoría & Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico* is an academic journal publishing scientific articles with a firm commitment with the meeting of these ethical standards and good practices. Tirant lo Blanch, as editor of the journal, and its Editorial Board have the responsibility to establish and maintain the guidelines to select and accept papers submitted to this journal, assuming those responsibilities arising from the publishing process. Also, they fully commit to ensure that all parties involved meet the ethics, scientific and scholar standards.

## ETHICAL OBLIGATIONS OF AUTHORS

The authors are expected to adhere to the following ethical guidelines and to respect the instructions for authors, posted to the website of the Journal and included within each issue.

The authors commit to submit originals which are not submitted to another journals, and to submit them to a double blind review process. The research conducted should be developed according to ethical standards, including sufficient information in the article to allow an academic response. The authors should refer the funding resources to develop the research and achieve the results, as well as the possible influence of these resources in the results.

The authors should ensure that they have written entirely original works, and if the authors have used the work and/or words of other, that this has been appropriately cited. Plagiarism in all its forms constitutes unethical and publishing behavior and is not acceptable. Authors should not engage in plagiarism —verbatim or near— verbatim copying, or very close paraphrasing, of text or results from another's work.

It is improper for an author to submit manuscripts describing essentially the same research to more than one journal of primary publication, unless it is a resubmission of a manuscript rejected for or withdrawn from publication.

When a fundamental error or a relevant inaccuracy within already published articles is known, the authors should advertise it to the editors.

## ETHICAL OBLIGATIONS OF EDITORS

The Editor should be responsible for the accomplishment of these and above obligations, and shall ensure the scientific and academic quality of the journal *Teoría & Derecho*, including the respect of legal issues concerning submissions to this Journal, specially intellectual property rights.

The editor should respect the intellectual independence of authors and should consider manuscripts submitted for publication, judging each on its own merits. They are also in charge to ensure that authors and reviewers get involve in a double blind review process. The final decision and the responsibility for acceptance or rejection of a manuscript rests with the Editorial Board.

The editor is required to seek advice from reviewers, who will be chosen for their expertise and good judgment, as to the quality and reliability of manuscripts submitted for publication. However, manuscripts may be rejected without external review if considered by the editors to be inappropriate for the journal. Such rejections may be based on the failure of the manuscript to fit the scope of the journal, to be of current or sufficiently broad interest, to provide adequate depth of content, to be written properly, or other reasons related to the journal. Therefore, contributions may be reviewed solely according to their contents, regardless their commercial interest and without discrimination on the basis of racial, ideological, religious, gender, or any other feature of the author.

The editor should inform about the result of the assessment reports to the authors without disclosing any detail about the reviewers' identity, but the editor should provide the most detailed information about the criteria used by the reviewers to assess the submission.

Members of the Editorial Board and members of the editor's staff should not disclose any information about a manuscript under consideration to anyone other than those from whom professional advice is sought. Confidentiality shall be protected in any case during the peer-review process. The editor should refrain from participating in the review process in case of any conflict of interest due to a competitive or collaboration relation with the author/s of the submission.

Unpublished information, arguments, or interpretations disclosed in a submitted manuscript should not be used in an editor's own research.

## ETHICAL OBLIGATIONS OF MANUSCRIPT REVIEWERS

Reviewers have an obligation to do a fair share of reviewing. A reviewer of a manuscript should judge objectively the quality of the manuscript and its originality, with due regard to the maintenance of high scientific and theoretical standards. A reviewer should call to the editor's attention any substantial similarity between the manuscript under consideration and any published paper or any manuscript submitted concurrently to another journal.

The reviewer should inform the editor about any substantive similarity of the submission under review with any other submission or published article in any other journal or publication.

Reviewers should act promptly, submitting a report in a timely manner. A chosen reviewer who feels inadequately qualified to judge the research reported in a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the editor and excuse himself from the review process as soon as possible.

A reviewer should treat a manuscript sent for review as a confidential document. It should neither be shown to nor discussed with others except, in special cases, to persons from whom specific advice may be sought; in that event, the identities of those consulted should be disclosed to the editor.

## CORRECTIONS AND RETRACTION

In case of misconduct, inaccuracy or any fraudulent, false or misleading information published in the journal *Teoría & Derecho*, the editor should consult the author/s giving them the opportunity to respond to any allegations before taking an editorial decision. In case of insufficient or lack of response, the editor may decide to adopt a formal retraction or withdrawal of a publication from the journal, in conjunction with informing the head of the author or reviewer's department, Abstracting & Indexing services and the readership of the publication, with the agreement of the Editorial Board.

The journal *Teoría & Derecho* will take account of any claim and complaint about the published contents through the email [teoria.derecho@uv.es](mailto:teoria.derecho@uv.es). The editor is fully committed to follow them up and proceed to the review and, when applicable, to the retraction.

When a retraction or corrections proceed, the editor will follow the Guidelines for Retracting Articles del Committee on Publication Ethics (COPE).

