

Cuadernos penales

José María Lidón

Núm. 11

Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial y sobre la corrupción en el ámbito público

*Soledad Gil Nobajas / Urko Giménez Ortiz de Zárate / Perfecto Andrés Ibáñez /
Juan Carlos González Barral / Diego Íñiguez Hernández /
Ignacio José Subijana Zunzunegui / Reyes Goenaga Olaizola /
Carmen Adán del Río / Blanca R. Barbero Blanco / Inés Olaizola Nogales /
Pablo Rafael Ruz Gutiérrez / Alejandro Luzón Cánovas /
Jacobo Dopico Gómez-Aller*

Cuadernos penales

José María Lidón

Cuadernos penales

José María Lidón

Núm. 11

Estudios sobre el Anteproyecto
de Ley Orgánica del Poder Judicial
y sobre la corrupción
en el ámbito público

Soledad Gil Nobajas
Urko Giménez Ortiz de Zárate
Perfecto Andrés Ibáñez
Juan Carlos González Barral
Diego Íñiguez Hernández
Ignacio José Subijana Zunzunegui
Reyes Goenaga Olaizola
Carmen Adán del Río
Blanca R. Barbero Blanco
Inés Olaizola Nogales
Pablo Rafael Ruz Gutiérrez
Alejandro Luzón Cánovas
Jacobo Dopico Gómez-Aller

Bilbao
Universidad de Deusto
2015

Consejo Asesor:

Adela Asúa Batarrita
Alfonso Aya Onsalo
Juan Mateo Ayala García
Juana Balmaseda Ripero
Itziar Casanueva Sanz
María Soledad Gil Nobajas
Inmaculada de Miguel Herrán
Miren Ortubay Fuentes
José Ricardo Palacio Sánchez-Izquierdo
Federico Ruiz de Hilla Luengas
Reyes San Emeterio Peña

Director:

Juan Ignacio Echano Basaldua

Secretario

Xabier Etxebarria Zarrabeitia

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto
Apartado 1 - 48080 Bilbao
e-mail: publicaciones@deusto.es

ISBN: 978-84-15759-59-1
Depósito Legal: BI - 697-2015

Índice

Presentación	
<i>Soledad Gil Nobajas / Urko Giménez Ortiz de Zárate</i>	9

Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial

Jurisdicción, jurisprudencia y principio de legalidad en el Estado constitucional	
<i>Perfecto Andrés Ibáñez</i>	17
La falta de seguridad jurídica en el sistema judicial español: análisis del problema y posibles soluciones	
<i>Juan Carlos González Barral</i>	37
Lampedusa en el CGPJ: la nueva reforma y el Consejo de siempre	
<i>Diego Íñiguez Hernández</i>	71
Los Tribunales provinciales de instancia en la proyectada reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Una antítesis de un proceso de decisión legislativa racional	
<i>Ignacio José Subijana Zunzunegui</i>	107
El presidente del Tribunal provincial de instancia: luces y sombras	
<i>Reyes Goenaga Olaizola</i>	121
Aspectos positivos y negativos del Tribunal provincial de instancia en la investigación y enjuiciamiento de la corrupción en el ámbito público	
<i>Carmen Adán del Río</i>	145

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-15759-59-1, núm. 11/2015, Bilbao, págs. 7-8

La oficina judicial en el Anteproyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial <i>Blanca R. Babero Blanco</i>	165
--	-----

Estudios sobre la corrupción en el ámbito público

La respuesta penal ante la corrupción: una aproximación a las principales carencias <i>Inés Olaizola Nogales</i>	183
Principales problemas procesales en la investigación de los procedimientos por corrupción <i>Pablo Rafael Ruz Gutiérrez</i>	203
Instrumentos para la investigación de la corrupción <i>Alejandro Luzón Cánovas</i>	235
Aproximación a las necesidades de reforma legal en relación con la respuesta penal a la corrupción política <i>Jacobo Dopico Gómez-Aller</i>	257

Presentación

Soledad Gil Nobajas

Profesora de Derecho Penal. Universidad de Deusto

Urko Giménez Ortiz de Zárate

Magistrado, Juzgado de Instrucción n.º 7 de Bilbao

1. La presente publicación recoge las ponencias presentadas en las XI Jornadas de Derecho penal en homenaje a José María Lidón: *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial y sobre la corrupción en el ámbito público*, celebradas los días 6 y 7 de noviembre de 2014 en el Palacio de Justicia de Bilbao, bajo los auspicios del Departamento de Administración pública y Justicia del Gobierno Vasco y del Consejo General del Poder Judicial.

Un año más, y ya van once, nos hemos reunido para rendir memoria y homenaje a José María Lidón, y un año más este espacio de presentación sirve para recordar los motivos de este homenaje, las razones de su recuerdo. Año tras año las presentaciones de estas jornadas, realizadas por quienes han sido antecesores en esta tarea, dejan notas de la evolución del estado de la violencia terrorista, que como recordara la presentación del pasado año, se encuentra suspendida, afortunadamente. Pero, como también se recuerda, esta paralización no desmerece sino todo lo contrario, la importancia de la memoria, que en alguno de sus aspectos, íntimamente relacionado con el valor de la justicia, entronca con el ejercicio cotidiano de la jurisdicción. Porque en el marco de una sociedad democrática, precisamente el ejercicio regular de la jurisdicción por los integrantes del Poder Judicial, ha sido el modo, única arma legítima, en que los jueces se han opuesto a los fines totalitarios que impulsaron el ejercicio de la violencia terrorista, con tremendos costes, como evidencia la pérdida de nuestro compañero.

En este sentido, aunque el uso efectivo de la violencia ha cesado, la memoria y el recuerdo deben permanecer. La cotidiana labor de aplicar la justicia debe continuar siendo un antídoto democrático que actúe, no ya contra los efectos destructivos inmediatos de esa violencia, sino sobre la pervivencia de actitudes totalitarias justificativas de esa violen-

cia, en cuanto que pretendan alterar la virtualidad democrática de los derechos de la ciudadanía. Así, la resistencia que supuso durante años realizar la actividad de la Justicia, no pierde terreno, sino que renueva significado. El ejercicio normalizado de la jurisdicción funciona como elemento desactivador de actuaciones que busquen minar las bases de la convivencia democrática, aún sin el arma de la violencia terrorista. Esta resistencia democrática ejercida mediante la actividad judicial en contraba en el caso de José María el complemento de la actividad docente que llevaba a cabo, instrumento también de transmisión y afirmación de valores de convivencia democrática.

2. La elección de las cuestiones de naturaleza procesal y penal que se iban a abordar en las jornadas no fue una labor compleja. A principios de abril de 2014 el Gobierno había aprobado un Anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial por el que se configuraba una nueva organización judicial con la finalidad de agilizar la actuación de la justicia y reducir los tiempos de resolución. El Anteproyecto aludía en su Exposición de Motivos, como finalidades propias del texto proyectado, a una más plena garantía de los derechos y libertades, a un más pleno sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y a las leyes, al tiempo que se reforzaría la seguridad jurídica imprescindible para el adecuado desarrollo de la actividad económica. Afectaba profundamente a numerosos aspectos entre los que cabe destacar la modificación de la estructura de la planta judicial, de los órganos judiciales (creación del Tribunal Provincial de Instancia), la innovadora denominada «jurisprudencia vinculante» del Tribunal Supremo, contenidos del estatuto de la carrera judicial, etcétera.

Por otro lado, parecía que se había quedado en el cajón una reforma del Código Penal que empezó a gestionarse cuando apenas habían tenido tiempo de iniciar su andadura la modificaciones introducidas por la LO 5/2010, de 22 de junio. Con los trámites parlamentarios paralizados, nuestra atención se centró en los graves escándalos de corrupción que con mayor frecuencia y desde hacía tiempo venía salpicando a cargos públicos y figuras destacadas del panorama político. Los problemas de aplicación de los delitos de cohecho, tanto por su configuración típica, como por las dificultades que presentan la instrucción y enjuiciamiento de estos tipos penales, fue el segundo de los temas que se quisieron abordar en las jornadas.

3. Meses después y en el momento de redactar esta presentación, el escenario que propició la elección de estas dos cuestiones ha variado sustancialmente y, en cada caso, ha tomado caminos opuestos.

En el caso de la reforma orgánica, el cambio de Ministro de Justicia (septiembre de 2014) ha determinado la relegación del Anteproyecto que tantas críticas adversas, y de casi todos los sectores, había recibido. Si bien en los primeros instantes tras el cambio ministerial fue anunciado que contenidos concretos del Anteproyecto pudieran ser integrados en futuras reformas de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no obstante, a las fechas en que el presente texto se redacta, parece que las preocupaciones de los promotores legislativos no se centran en esta materia. Además, difícilmente cabe atisbar un marco propicio para la promulgación de modificaciones normativas en un período como el actual, prácticamente pre-electoral.

Por su parte, el Gobierno ha retomado el Proyecto de reforma del Código Penal y, en un auténtico alarde de celeridad, ha sido aprobado en el Congreso con el único apoyo del partido gobernante y remitido al Senado para su discusión. Esta enésima reforma, con visos de salir adelante a corto plazo, pone de nuevo en entredicho la nota de permanencia de la que tradicionalmente ha gozado la ley penal, así como profundiza en la línea del endurecimiento de la respuesta penal y su dudosa compatibilidad con los principios constitucionales en materia penal; deriva que se inició con la reforma de 2003 y continuó posteriormente en el texto de 2010. El Gobierno ha sido parcialmente inmune al aluvión de críticas que este Proyecto y sus versiones anteriores había recibido por parte del Consejo General del Poder Judicial, Consejo Fiscal, Judicatura y especialistas del Derecho Penal, ante un paquete de reformas en el que el Derecho Penal abandona su componente culpabilístico para orientarse hacia la peligrosidad (¿social?) por razón de contención de riesgos y de seguridad.

4. Durante el primer día de las jornadas, jueves, tras los obligados actos de presentación fueron abordadas algunas cuestiones, estimadas de relevante interés de entre las contenidas en el Anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica, sin que fuera posible tratar todas las afectadas por la reforma. Evidentes e insalvables limitaciones temporales obligaron a realizar una elección de materias a tratar. Entre ellas, se escogió la novedad que introducía el Anteproyecto en el sistema de fuentes del derecho, al conceder virtualidad a lo que se ha denominado «jurisprudencia vinculante» (del Tribunal Supremo), pero también a distintas materias relacionadas con la pretensión del legislador de intensificar el principio de seguridad jurídica, no solo en ese ámbito de la vinculación de decisiones judiciales que constituyen «jurisprudencia», sino especialmente introduciendo a esos fines distintos mecanismos en la organización y funcionamiento de los órganos ju-

diciales. Inició la jornada la ponencia de Perfecto Andrés Ibáñez, magistrado emérito de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que hizo una exposición relacionada con la vinculación de las decisiones jurisprudenciales (y la novedosa regulación proyectada en este ámbito), y la siempre interesante cuestión del «*poder decisional del juez en el marco de la interpretación-aplicación del derecho*». A continuación Juan Carlos González Barral, magistrado, con destino en la asesoría del Secretario de Estado de Justicia, abordó algunas de las cuestiones esenciales de la reforma proyectada, como la incidencia de distintos problemas de la justicia actual, el impacto económico en el funcionamiento de la justicia, y las soluciones propuestas en el Anteproyecto. Continuó el magistrado y vocal del Consejo General del Poder Judicial, Fernando Grande-Marlaska, que realizó una intervención sobre «jurisdicción universal», analizando la reforma que ya fuera introducida en la LOPJ por la LO 1/14, sustancialmente recogida en el Anteproyecto, y la problemática que presenta esta materia actualmente. Para terminar la mañana estaba programada la presencia de Diego Iñiguez Hernández, magistrado, pero imprevistos de última hora impidieron su presencia, contando los presentes *cuadernos* con su ponencia sobre el gobierno del Poder Judicial. No obstante, y hemos de agradecerse sinceramente, Perfecto Andrés improvisó una intervención sobre esta materia, y en especial sobre el órgano de gobierno del Poder Judicial. Tras ella, también Fernando Grande intervino, animándose un debate con participación también de los asistentes. Quede anotado aquí un especial agradecimiento a ambos, que sin estar programado nos regalaron interesantísimas reflexiones acerca de la materia de gobierno de los jueces. La sesión vespertina estuvo centrada en el nuevo órgano provincial anunciado en la reforma, con una ponencia de Iñaki Subijana Zunzunegui, presidente de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, que enmarcó el Tribunal Provincial de Instancia. Le siguió una Mesa en la que participaron, además de Iñaki, Reyes Goenaga Olaizola, magistrada de la Audiencia Provincial de Bizkaia, Carmen Adán del Río, Fiscal Jefe de la Fiscalía Provincial de Bizkaia, Blanca Barbero Blanco, Secretaria Coordinadora de Bizkaia, y Ana Agirre Zurutuza, Viceconsejera de Justicia del Gobierno Vasco. Cada ponente realizó una breve exposición acerca de aspectos relacionados con las modificaciones que originaría el nuevo órgano proyectado, desde la perspectiva particular correspondiente al sector o función que desempeñan, terminando un interesante debate con intervención de ponentes y asistentes.

La jornada del viernes dio paso al tratamiento de la corrupción en la función pública desde distintas perspectivas jurídicas. La sesión se inició con la ponencia de Inés Olaizola, Catedrática de Derecho Penal,

con una excelente exposición sobre la aplicación y principales carencias de los tipos penales ante la corrupción política. Entendiendo este fenómeno como abuso de un puesto público para obtener una ganancia privada, su ponencia se vertebró en torno a dos cuestiones. Por un lado, los actos de soborno vinculados con la financiación ilegal de partidos. A la luz de una sistematización de supuestos, valoró la suficiencia de los clásicos delitos de cohecho, tráfico de influencias, prevaricación y malversación, así como la necesidad de tipificar expresamente las donaciones a partidos políticos, aportando su propuesta personal al respecto. En un segundo bloque, se planteó el problema de la posibilidad de aplicar delito fiscal por las ganancias ilícitamente obtenidas, con una valoración de los argumentos a favor y en contra de su tributación. A continuación se discutió en una mesa redonda algunos problemas de la praxis judicial por delitos de corrupción, desde un punto de vista penal y procesal, así como algunas propuestas extrapenales de mejora. La mesa, moderada por la profesora de Derecho Penal Demelsa Benito, contó con una enriquecedora visión interdisciplinar. Alejandro Luzón, de la Fiscalía Anticorrupción, centró su intervención en los principales problemas e instrumentos para la investigación de la corrupción. La potenciación de las denuncias en este ámbito, la cooperación institucional y las necesarias reformas procesales para dotar un marco adecuado al fenómeno de la corrupción, fueron algunas de las cuestiones que planteó. Jacobo Dopico, Profesor Titular acreditado Catedrático de Derecho Penal, incidió en la necesidad de promover medidas legales extrapenales. En su opinión, si bien no son necesarias grandes reformas en los delitos de cohecho, la efectividad de este arsenal punitivo pasa por una reforma en el ámbito de las normas procesales, el Derecho Administrativo y la Legislación sobre financiación de partidos políticos. La intervención del Magistrado Pablo Ruz, desde su experiencia en el Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional, completó el cuadro con un análisis de los principales problemas procesales que plantea la instrucción por delitos por corrupción. Un total de diez cuestiones fueron abordadas con detalle y rigor, apuntándose en cada caso posibles soluciones legales y sugerencias de mejora.

5. Como organizadores de esta edición de las jornadas queremos dejar constancia del agradecimiento a todos los intervinientes, tanto por disponibilidad para participar en ellas, con los ajustes de agenda que les haya podido ocasionar, como por ofrecer el texto escrito de las intervenciones para su pronta publicación. Sin duda, las aportaciones recogidas en este volumen ofrecen una diversidad de contribuciones

que, como ya sucedió en las jornadas, suscitarán un vivo interés y contribuirán al debate en muchos aspectos sobre los que es necesario seguir profundizando. Igualmente queremos agradecer a las Instituciones que cada año hacen posible la celebración de las jornadas y la posterior publicación de estos cuadernos —Consejo General del Poder Judicial, Gobierno Vasco y Universidad de Deusto—.

Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial

Jurisdicción, jurisprudencia y principio de legalidad en el Estado constitucional

Perfecto Andrés Ibáñez

Magistrado. Sala Segunda del Tribunal Supremo

I. Lo peculiar de la jurisdicción

Creo que en la generalidad de los grupos humanos mínimamente articulados es constatable la existencia de alguna instancia, en el más amplio sentido, institucional, encargada de dirimir los conflictos de los asociados entre sí y con el propio grupo, autoritativamente y por referencia a algún tipo de normas.

Desde este punto de vista, la presencia de la función de juzgar constituye un cierto universal, generalmente encarnado en sujetos dotados de alguna legitimidad vinculada a una fuente de poder, por lo común ejercida por un cauce más o menos formalizado, en un entorno más o menos ritual, con cierta tensión u orientación a la imparcialidad y con capacidad de imponer las decisiones adoptadas en tal marco.

El juicio jurisdiccional hace, siempre, de manera inevitable, referencia a valores. Desde luego, a los que constituyen el sustrato cultural, ese *humus nutricio*, que confiere sentido, informa y vertebra necesariamente toda concepción del derecho y cualquier punto de vista sobre un ordenamiento o alguno de sus preceptos¹. Pero también, de un modo muy especial, a los personalmente profesados por el juzgador², que, de una u otra forma, con mayor o menor intensidad, por más dis-

¹ «Las teorías —escribe Luigi Ferrajoli— cumplen un papel performativo del derecho y del imaginario de los jueces y los juristas» (en *La democracia a través de los derechos*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2014, p. 126).

² «La justicia —ha escrito Gustavo Zagrebelsky— no es solo cuestión de códigos y de procedimientos; es también, antes y sobre todo, cuestión de *ethos* de los jueces. De este dependen en concreto códigos y procedimientos. Más que cuestión jurídica, es cuestión cultural» (en «Jueces por derecho y Azdak, juez por revés», trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, en *Jueces para la democracia. Información y debate*: 56 (2006), p. 3).

tancia que logre poner entre ellos y él mismo al fallar el caso, resultarán *interpelados* en algún grado y, por tanto, *comprometidos* en el acto y el momento de resolver.

Este es un dato que resulta especialmente potenciado en el estado constitucional, singularmente, debido a la concurrencia de dos factores: el papel supranormativo de la constitución, que impone una relectura crítica del resto del ordenamiento a partir de ella; y el reforzamiento de la independencia del juez, con la consiguiente ampliación del alcance de su papel como institución de garantía.

Así, puede decirse, el factor ético, como, en el más amplio sentido, el cultural³, o sea, el bagaje personal del juez condiciona intensamente su conciencia y, con ello, sus prácticas. En efecto, ya que la primera se *tiene* a partir de aquel, que opera como desde adentro y desde atrás. Es una especie de diafragma a través del que el juez ve su propio rol, esto es, a sí mismo como profesional, y también el ordenamiento y la realidad social y, en consecuencia, los conflictos surgidos en esta que él tiene que decidir mediante la aplicación de disposiciones legales. Y cabe que todo ocurra sin verdadera claridad para él acerca de que es tal lo que en efecto sucede.

Si esto es algo que puede predicarse con carácter general, se da la circunstancia de que, además, hay materias y cuestiones en las que la incidencia de aquel bagaje o el peso de aquel equipaje es de una particular intensidad. Pienso en las que, ya por su misma naturaleza, tienen una especial carga valorativa, como en el caso de las que presentan una coloración religiosa; o, en general, en aquellos asuntos conflictivos, que dividen profundamente a la opinión. Esos que, en nuestra época, con frecuencia, el legislador renuncia incluso a mediar, lo que hace que lleguen —como *por delegación*— con toda su crudeza y su relieve polémico a la mesa del juez.

Es a lo que se debe el dato de que los valores observados y vividos por los jueces, aquellos por los que se orientan en la reconstrucción de los supuestos de hecho según pautas de experiencia, como esos otros desde los que leen y aplican las normas generales, para traducirlas en las particulares que se concretan en sus fallos, han sido siempre objeto de preocupación, como lo son hoy, todavía más, si cabe. Por eso la del juez es, como ha sido siempre, una figura inquietante, connotada de una, diría, *natural* arrogancia. La propia de un sujeto que, por sistema,

³ Dicho con Franco Cordero: «Los juicios dependen de lo que el juez sabe» (en *Procedura penale*, Giuffrè, Milán, 1991, p. 125). Y ya Francis Bacon había escrito: «Los jueces deberían ser más cultos que ingeniosos» (en *Saggi*, trad. de A.M. Ancarani, con una nota de A. Brilli, Sellerio, Palermo, 1996, p. 204).

da y quita a los demás la razón, lo que viene a significar que él *la tiene* siempre y por principio. Además y aunque sea en un contexto de normas, la administra en régimen de inevitable, a veces enorme, discrecionalidad⁴. Y, en fin, siempre privando de algo, de autonomía decisional, al menos, a quienes tienen que ver con él. A lo anterior hay que añadir que el juez interviene, por lo regular, en marcos sumamente tensionados, recorridos por alguna forma de antagonismo; decidiendo en cuestiones altamente sensibles; y en relación con personas, asimismo, muy sensibilizadas, debido a lo que se *juegan* en esa perturbadora experiencia.

La historia del proceso —en particular, por razones muy comprensibles, la del proceso penal (en cuyo horizonte se mueven, con preferencia, estas consideraciones)— ilustra bien acerca de esa actitud ante la jurisdicción. Que en una época ya lejana llevó, según se ha recordado, nada menos que a *llamar a Dios en causa* para que tomase a su cargo el juicio de hecho⁵; y, más adelante, a desplazar la responsabilidad del juicio sobre la *quaestio facti* a otra instancia, ahora político-jurídica, pero igualmente distinta del juez, en el régimen de *la prueba legal*.

II. 'Ius dicere'

Giovanni Tarello, en un texto ya clásico sobre el pensamiento de Montesquieu, hacía ver que, desde *L'Esprit des lois*, se entiende universalmente como administración de justicia: «el juicio realizado a partir de una formulación directiva preconstituida [...] por la legislación [...] una actividad puramente intelectual y no realmente productiva de derecho nuevo»⁶. Pero el mismo autor, años más tarde, subra-

⁴ De ahí que Franco Cordero se haya referido a «los juicios» como «una máquina complicada así como peligrosa» por lo que «cada usuario cauto teme mil posibles desgracias» (en *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Laterza, Roma-Bari, 1986, p. 3).

⁵ En rigor, nada nuevo, sino el retorno o recuperación de lo que entonces ya era una tradición en la que, como bien recuerda Massimo La Torre, «la actividad del juez, el juicio, es prerrogativa divina por excelencia» (*Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2002, p. 12).

⁶ Giovanni Tarello, «Per una interpretazione sistematica de "L'Esprit des lois"», en G. Tarello (ed.), *Materiali per una storia della cultura giuridica*, I, 1971, p. 40. Dicho con Riccardo Guastini: «Los jueces tienen prohibido formular ("crear") normas nuevas, no reconducibles a leyes preexistentes». Por eso, «la sujeción a la ley es un rasgo constitutivo de la noción misma de jurisdicción» (en *Il giudice e la legge*, Giappichelli, Turin, 1995, pp. 28 y 49).

yaba el hecho de que «las “normas” deben considerarse más bien el *resultado* que el presupuesto de las actividades, en sentido amplio, interpretativas»⁷.

La clásica caracterización por Montesquieu del juez como «bouche de la loi»⁸, con directo reflejo en un punto de vista al respecto tan conocido como el de Beccaria⁹, responde, seguramente, a una pretensión más prescriptiva que descriptiva motivada por un fenómeno ya denunciado por Montaigne: «hemos dejado opinar y decidir tanto a los jueces, que jamás hubo libertad más poderosa ni licenciosa»¹⁰. De este modo, en el planteamiento de los dos grandes autores ilustrados (ciertamente revolucionario, dado el momento), hay, a mi juicio, bastante menos ingenuidad en el modo de entender la relación juez-ley que, según diríamos hoy, «política del derecho».

En la materia, ha pasado mucha agua bajo los puentes, pero, con todo, la vieja cuestión sigue teniendo actualidad, porque la tiene el asunto que la subyace. Me refiero a la justificada inquietud que suscita el poder decisonal del juez en el marco de la interpretación-aplicación del derecho. Esta actitud tuvo un exponente paradigmático en Piero Calamandrei, con su defensa de la legalidad a toda costa, incluso estando vigentes las leyes raciales del fascismo, y su representación del juez como «prisionero dentro de los muros sin ventanas» del «castillo» del legislador, y obligado a «olvida[r] que fuera de aquella prisión el mundo vive al aire libre y se renueva sin cesar». Condenado a lo que califica de «segregación legislativa», de modo tal que «colocado ante una norma jurídica [...] se detenga a indagar únicamente los problemas que se re-

⁷ G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milán, 1980, pp. 37-38. La idea de que la *norma* jurídica es una *disposición* interpretada, fue enunciada inicialmente por Vezio Crisafulli, en la voz «Disposizione (e norma)», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milán, 1964, vol. XIII, pp. 195 ss.; también fue acogida por Gustavo Zagrebelsky, en *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1977, p. 148.

⁸ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, trad. cast. de M. Blázquez y P. de Vega, prólogo de E. Tierno Galván, Tecnos, Madrid, 1972, libro XI, cap. VI, p. 156, donde la traducción es: «el instrumento que pronuncia las palabras de la ley». Un punto de vista que encontrará eco en Hamilton: «El judicial [...] no posee fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento» (en Hamilton, Madison, Jay, *El Federalista*, prólogo y traducción de G.R. Velasco, Fondo de Cultura Económica, México, 2.ª edición, 1957, cap. LXXVIII, p. 331).

⁹ «Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces de lo criminal, por la misma razón de que no son legisladores» (en *De los delitos y de las penas*, edición bilingüe, a cargo de P. Andrés Ibáñez, con texto italiano fijado por G. Francioni, prólogo de Piero Calamandrei, Trotta, Madrid, 2011, p. 121).

¹⁰ Michel de Montaigne, *Ensayos*, edición y traducción de D. Picazo y A. Montojo, Cátedra, Madrid, 1985, vol. III, p. 338.

fieran a su mecanismo formal»¹¹. Pero se trata de una actitud explicable en la coyuntura. Y es que en la Italia dominada por el fascismo, la sujeción a alguna ley, por demencial que esta fuera, siempre resultaría preferible a la voluntad omnímoda del escuadrista o del jerarca de turno.

Distinto es el caso de un autor contemporáneo como Requejo Pagés. Este —tomando como referente la normalidad del estado constitucional— asimila metafóricamente su «sistema jurídico» a «una red de distribución de agua», y postula un juez únicamente «habilitado para manipular la llave de paso» que tendría que «limitarse a recoger en el continente de sus resoluciones el producto que le llega desde las primeras fases del ordenamiento», sin «añadirles nada»¹². La ley, por tanto, como un producto definitivamente elaborado, claro en su sentido y transparente en la expresión de la voluntad del autor: diríase, apto para resolver por sí solo y por la mera yuxtaposición del precepto a la descripción de las circunstancias del caso.

Es lo más probable que este último punto de vista, tan simplificador y contrafáctico¹³ tenga que ver con la pretensión de circunscribir la au-

¹¹ Piero Calamandrei, «El significado constitucional de las jurisdicciones de equidad», trad. cast. de S. Sentís Melendo, en *Estudios sobre el proceso civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, p. 67.

¹² Juan Luis Requejo Pagés, *Jurisdicción e independencia judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 153-154. «Antes de la llamada civilización industrial —escribe Vittorio Villa— cuando se hablaba de las leyes y de su producción, se usaba el término agrícola de “fontana”, de “fuente”. Es decir, las leyes se paragonaban al agua emanado de una fuente, y este curioso término, se ha transmitido a nuestros días. [...] Este término agrícola-pastoril, de “Fuentes” se encuentra superado» (en *La fabbrica delle leggi*, Giuffrè, Milán, 1990, p. 3). Si esto sucede en cuanto a la forma de producción, que según el autor es más bien *fabril*, no se diga en el modo de aplicación.

¹³ Incluso *contranormativo*, una vez que constituciones como la española (art. 163) habilitan al juez para que haga una lectura crítica de la ley objeto de aplicación, y de estimarla «contraria a la Constitución», *le impong*en («planteará») la formulación de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. Y no solo, si se considera que, como escribe Luis Prieto Sanchís: «la mayor parte de los asuntos constitucionales, es decir, de los problemas jurídicos en que se hace presente la Constitución, discurren fuera del Tribunal Constitucional, como por otra parte no podía ser de otra manera. Lo decisivo es que una Constitución con un denso contenido material que impregna todo el orden jurídico y que además se pretende garantizada, solo puede ser hecha valer a través de los procedimientos ordinarios para la defensa de los derechos e intereses; y los jueces necesariamente han de tomarla en consideración en todos los procesos junto a la ley, pero con preferencia a la ley. Es más, lo primero que han de hacer es comprobar si la solución legal se adecua a la constitucional» (en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 170). Por eso Alessandro Pizzorusso ha hablado de «una sujeción condicionada» («Principio democratico e principio di legalità»: *Questione di giustizia* 2 (2003), p. 351. Sobre el modo de relación con ella que la constitución española impone a los jueces ordinarios, resulta imprescindible remitir a las ya clásicas consi-

tonomía decisional del juez, saliendo al paso del hoy denostado como «activismo judicial». Pero, en cualquier caso, creo que el recurso consistente en presentar la (supuesta) normalidad jurisdiccional como el (falso) reino del «caso fácil» (incluso *facilísimo*) —que es lo que haría posible la regular intervención meramente *declarativa* de un juez como el de Requejo Pagés— tiene muchos más inconvenientes que ventajas, a la hora de propiciar una efectiva, inteligente y necesaria sumisión del mismo a la ley, que es de lo que idealmente se trata. Porque, discutiendo de ese modo, con franco desconocimiento de la verdadera naturaleza y complejidad de los actuales ordenamientos, se contribuye a la difusión de un modelo de juez, nada inusual y, a mi juicio, el más peligroso: el que opera desde una falsa conciencia de los perfiles reales del propio rol y de la calidad del mismo material normativo que aplica. Y se promueven actitudes judiciales irresponsables, presididas por el uso irreflexivo, por inconsciente, de la discrecionalidad inevitable¹⁴.

III. Casos generalmente complejos

En la teoría del derecho, a partir de Hart se habla de «casos fáciles» y «casos difíciles», según los correspondientes supuestos fácticos caigan dentro de la zona de claridad o en la de penumbra del enunciado normativo, lo que, por el posible grado de indeterminación semántica de este, dará lugar a la existencia de un mayor o menor, o a ningún consenso, acerca de su campo de aplicación¹⁵.

El criterio tiene su interés y su utilidad, pero, visto en la perspectiva de una aplicación judicial del derecho, diría que es un tanto simplificador, pues se atiene a una sola vertiente del asunto, la representada por la *quaestio iuris* y la relación entre las famosas premisas del tópico silogismo. Por eso a mí me parece más útil subrayar que la operación (conjunto de operaciones) implicada(s) en la actividad —nunca meramente declarativa y tampoco puramente creativa— de decir jurisdiccio-

deraciones de Eduardo García de Enterría, en *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 66-68).

¹⁴ Como escribió José Puig Brutau, citando a Llewelin, «la doctrina que se propone eliminar todo arbitrio o libertad de los jueces para decidir, es una doctrina inservible. En la práctica da lugar a un margen de libertad *de facto*, no reconocida, pero no por ello menos efectiva, ya que, por quedar oficialmente ignorada, es menos fácil de encauzar y vigilar» (en *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Bosch, Barcelona, s. f., p. 48).

¹⁵ Cfr. al respecto Isabel Lifante Vidal, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 224-226.

nalmente el derecho, presenta siempre un grado de complejidad inevitable. Que, además, en la perspectiva del juez o tribunal de instancia, generalmente, tiene que ver, no tanto con la adecuada inteligencia del referente legal *en sí mismo*¹⁶ (sobre el que no faltarán orientaciones o pautas derivadas del propio contexto normativo y otras doctrinales y jurisprudenciales), como con la relación de este con el supuesto fáctico. Con «los hechos», que, como advirtiera Scarpelli: en tanto que «hechos sociales son los más complicados» de todos; hasta el punto de que «el mismo hablar de los hechos, como si los hechos estuvieran allí tranquilamente por su cuenta esperando nuestro conocimiento fáctico, es un modo ingenuo de expresarse, que oculta gruesas complicaciones epistemológicas»¹⁷.

En efecto, pues la clase de lectura del texto legal de que aquí se trata es la propia de la que Ferrajoli ha descrito —por oposición a la de naturaleza «doctrinal»— como «interpretación operativa», que «tiene por objeto, más que las normas, las concretas experiencias jurídicas», debido a que «la norma jurídica y la experiencia prevista por ella no son extrañables una de la otra, sino que, por el contrario, se dan conectadas por una relación semántica», de manera que «no hay un hecho y una norma en espera de ser unidos por un acto de calificación del hecho o de aplicación de la ley»¹⁸.

Así las cosas, diré que es en el *manejo* de esa relación singular, donde anida, a mi juicio, el principal ingrediente de *natural* dificultad del trabajo del juez-intérprete. Ahora bien, el hecho de que la norma aplicable constituya más bien el resultado que el objeto de la interpretación judicial, no se traduce en que la subsunción sea el fruto de una invención. En presencia de un texto legal dotado de un razonable rigor semántico —dice bien Ferrajoli—, contando con una correspondencia empírica entre los usos lingüísticos del juez y los del legislador podrá hablarse de la «verdad» o «falsedad jurídica» de un ejercicio de subsunción, en virtud de un juicio, desde luego opinable¹⁹.

¹⁶ En la medida en que admita tal consideración, habida cuenta de que, según Alf Ross, «la interpretación no tiene punto de partida lingüístico independiente» (en *Sobre el derecho y la justicia*, trad. cast. de G.R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 2.ª edición 1970, p. 140).

¹⁷ Uberto Scarpelli, «Introduzione all'analisi delle argomentazioni giudiziarie», en Id. (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Edizioni di Comunità, Milán, 1976, 415.

¹⁸ Luigi Ferrajoli, «Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa»: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1 (1966), pp. 292 y 299-300.

¹⁹ En *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez. J.C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Trotta, Madrid, 10.ª ed., 2011, p. 46.

Al respecto, hay que tener en cuenta que la aplicación judicial de la ley se produce regularmente en el contexto de una cultura jurídica, de una constitución material, de un cuadro de valores compartidos, y dentro del juego de un sistema de instancias, con la consiguiente decantación, por tanto, de algunas líneas jurisprudenciales de referencia.

IV. En un marco jurisprudencial

Una aproximación macroscópica a la función institucional de *decir el derecho* pone de manifiesto su naturaleza *coral*, dado que, objetivamente considerada, se practica a muchas voces, y todos los que contribuyen a la realización de esa tarea, sea cual fuere el lugar que ocupan en la geografía judicial, interactúan y se relacionan dialécticamente, de manera que el producto final es necesariamente cooperativo. Por eso creo que debe reinterpretarse críticamente el tópico de que la obtención del mismo como resultado corresponde en exclusiva al vértice judicial. De una parte, porque, por lo general, es en la primera instancia donde se fijan (con la mayor frecuencia, definitivamente) los supuestos de hecho, predeterminando en gran medida su tratamiento final *sub specie iuris*. Y de otra, porque, visto el asunto bajo este segundo prisma, tampoco podría sostenerse que el mayor y mejor grado de conocimiento y, por tanto, de calidad de las aportaciones, esté, siempre y por definición, en la cúspide del sistema de instancias. A la que, en todo caso, no corresponde la parte más difícil del cometido jurisdiccional.

Ninguna de estas afirmaciones quita un ápice de relieve a la función nomofiláctica, ciertamente importante, de los tribunales de casación. Tiene, desde luego, la que resulta del hecho de que deciden en último término, por lo general, de modo inapelable, en las causas. También la esencial, pedagógica, de la posibilidad de proponer —dada esa *altura* institucional— al más amplio auditorio, cargando las sentencias de razón, una forma ejemplar de abordar y resolver con racionalidad las cuestiones jurídicamente más significativas. Y de hacerlo con criterios que, además, siempre que esto sucede gozarán de universal aceptación, hasta el punto de operar *de facto* como un verdadero precedente *vinculante*, con la ventaja inobjetable de serlo por razón de la calidad del resultado y, como consecuencia, del prestigio de la fuente. Dada la singularidad organizativa de este ámbito de la geografía estatal —consistente en que en él, cada núcleo o momento decisional es autónomo por imperativo constitucional y en el curso de su actividad realiza contribuciones singulares, cabe que irrepetibles, de imprescindible con-

sideración en los sucesivos momentos procesales— semejante modo de entender la jurisprudencia es el más adecuado al medio, el más *fisiológico*. A ello se debe que, en rigor, la convencional clave unidireccional de lectura (de arriba abajo) resulte tan poco pertinente en el contexto para definir la verdadera importancia de los respectivos papeles implicados. Esto vale en una aproximación jurídico-cultural al fenómeno jurisprudencial y del enjuiciamiento, pero no sólo. También si se adopta una perspectiva estrictamente funcional, por la rigurosa inter-complementariedad y lo decisivo de las diferentes aportaciones.

En el tópico que se cuestiona, es difícil no ver un efecto de la impropia y perturbadora proyección del factor jerárquico-burocrático sobre el quehacer jurisdiccional; que es por lo que, en nuestro país, como en tantos otros, hablar de «jurisprudencia» ha sido, y es todavía, el modo usual de referirse (en exclusiva) a *la del Tribunal Supremo*; a cuya condición de histórico vértice político-judicial, se debe tal poso infra-cultural, hoy preconstitucional, que, con todo, permanece. De él forma parte la idea inaceptable de que los magistrados que lo integran deban gozar de un «estatuto especial», como algo supuestamente requerido por la, desde luego inexistente, singularidad *ontológica* de la función²⁰.

La negativa interferencia del *cursus honorum* administrativo en el sistema de instancias no se agota en esas expresivas particularidades. También induce en los titulares de los tribunales *procesalmente* supraordenados a otros la falsa impresión de ostentar algún plus de cualificación jurisdiccional, por eso solo. Y en la organización judicial en su conjunto, un impulso hacia *arriba* con negativos efectos sobre las actitudes profesionales e, indirectamente, sobre los mecanismos de selección interna. Y al fin, sobre la calidad de la independencia y, en general, del trabajo mismo.

Es un dato contrastado que mucho antes de que tuviera vigencia formal el régimen de libre convicción en las magistraturas europeas, las *altas cortes* se consideraron en el derecho de operar con él. Un uso propiciado por su privilegiada colocación en el *ranking* de tribunales y que se tradujo en decisiones sin otro fundamento que el de tan mal entendido principio *de autoridad*, en sentido jerárquico-administra-

²⁰ Por eso, la carencia de fundamento de la atribución de un «estatuto especial» al magistrado del Tribunal Supremo, como en el caso de nuestro país, que únicamente responde a la capacidad de presión del *lobby* constituido al respecto, en el ejercicio de una reivindicación corporativa que ha llegado a tener un inexplicable reflejo en el art. 299.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con el argumento de que se trata de una «magistratura de ejercicio» (¿las demás no?) con un exigente régimen de incompatibilidades. (Me ocupé de este asunto en «Tribunal Supremo: dudosa cuestión de estatuto», en *El País*, 22 de marzo de 1999).

tivo. Pues bien, constante la articulación de los jueces bajo la forma de *carrera*, la tradicional incidencia de esta en el sistema de recursos explica la larga permanencia de un arrastre histórico en lo jurisprudencial, que admite esta formulación: a mayor altura del rango la instancia con la consiguiente superioridad de sus integrantes en el *cursus honorum*, mayor *legitimidad* en el uso de la discrecionalidad, con menos carga de justificación²¹. Un lugar común, por fortuna, hoy constitucionalmente inadmisibles, pero que se ha resistido a abandonar el campo.

Con todo, es obvio, la jurisprudencia de casación no puede dejar de irradiar desde el vértice. Pero, en buena ley, por un solo motivo, ahora de naturaleza jurídico-procesal (y no jerárquico-burocrática): el de ser ese tribunal el competente en exclusiva para el ejercicio de la función nomofiláctica, en cuyo desempeño no cabe sustitución. Tal cambio de fundamento en la lógica del sistema demanda otro de cualidad en la dialéctica entre instancias, es decir, en el modo de operar, que, a salvo la habilitación de aquel para decir la última palabra, debe ser esencialmente dialógico, porque es lo que corresponde a una función de carácter esencialmente cognoscitivo como la jurisdiccional. Así, el flujo de los criterios jurisprudenciales, en una consideración externa y meramente formal, será vertical, de arriba abajo. Pero en su elaboración deberá prevalecer una dinámica tendencialmente horizontal, la propia de una racional y abierta confrontación *de razones*, que en cuanto tales no saben de rangos protocolarios ni de jerarquías administrativas.

En el caso de España, no es tal, bien lamentablemente, la opinión del prelegislador actual, pues en el Anteproyecto Ruiz Gallardón de Ley Orgánica del Poder Judicial salido del Consejo de Ministros el 4 de abril de 2014, se prevé un, en extremo drástico, cambio de paradigma, claramente a peor²². En efecto, dado que según se lee en el art. 31.2 de ese texto, «determinada jurisprudencia del Tribunal supremo²³ será vinculante», y, por eso, «de obligada aplicación para todos los jueces y tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional» (art. 32.1).

²¹ Cfr. al respecto Giorgia Alessi Palazzolo, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Jovene Editore, Nápoles, 1979, p. 30. «Non tenetur iudex causam in sententia exprimere, maxime si sit supremus magistratus», es un brocardo de generalizada larga vigencia en Europa, según Raffaele Ajello, en *Arcana iuris. Diritto e politica nel settecento italiano*, Jovene Editore, Nápoles, 1976, p. 339.

²² Cfr. al respecto, Eduardo Calvo Rojas, «La denominada “doctrina jurisprudencial vinculante” en el anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial. Comentario crítico», en *Jueces para la Democracia. Información y debate*: 80 (2014), pp. 24 ss.

²³ La que trimestralmente decida el pleno de cada una de las salas, acordando qué «fundamentos de derecho de las resoluciones que hubiera dictado en ese periodo pudieran pasar a formar parte de la doctrina jurisprudencial vinculante» (art. 32.2).

También —continúa el precepto— aunque, llamativamente, solo en *principio*, para «los poderes públicos», que, «cuando un interesado invocare [ante ellos] una doctrina jurisprudencial vinculante [...] podrán rechazar motivadamente su aplicación al caso concreto, justificando expresamente las razones de su decisión».

Difícilmente podría concebirse nada más perturbador y capaz de producir mayores destrozos en el régimen constitucional y de principios que rige la materia que nos ocupa. En efecto, pues la reforma choca de plano con los de legalidad y de separación de poderes²⁴. De un lado, porque encomienda atribuciones consistentes en emanar disposiciones de carácter general, es decir, legislativas, a un órgano jurisdiccional; de otro, porque sustrae a todos los demás a la observancia *exclusiva* de la ley como fuente de derecho; y, ya para el colmo, porque crea un régimen privilegiado, de exención, para los órganos político-administrativos, que, a diferencia de los judiciales, podrán negarse a obedecer («rechazar») la aplicación de tales precedentes; y deberán ser oídos (cuando hubieran sido parte en el procedimiento) antes de atribuir efectos vinculantes a la doctrina que corresponda (art. 32.1, párrafo quinto).

Según el art. 117.1 de la Constitución, los jueces están «sometidos únicamente al imperio de la ley», esto es, a las normas de carácter general procedentes de los órganos políticos y representativos habilitados para dictarlas. Y si la sumisión ha de ser tal y, además, única, es claro que no podrá resultar interferida por precepto alguno igualmente vinculante, procedente de otra autoridad.

Como observa Ferrajoli, «los precedentes jurisprudenciales tienen, ciertamente, una notable capacidad de influencia en la jurisdicción. Pero es esencial no confundir prestigio (*autorevolezza*) y autoridad, fuerza persuasiva y fuerza autoritativa. Solamente la autoridad es fuente de derecho, según el clásico brocardo *auctoritas non veritas facit legem*. En cambio, la fuerza vinculante de los precedentes se funda solo en el prestigio sustancial, y no en alguna autoridad formal como la que compete al poder legislativo. En pocas palabras, en nuestros sistemas, los precedentes jurisprudenciales tienen el valor de argumentos

²⁴ Además, ignora que la eficacia vinculante del precedente, y hablo de los países en los que supuestamente rige de la forma más rigurosa, presenta notables márgenes de relatividad, hasta el punto de que, vistos en esa perspectiva, los sistemas de *common law* y los de *civil law* ofrecen hoy relevantes similitudes (cfr. al respecto Jeffrey Marshall, «Trentatre cose che si possono fare con i precedenti», trad. italiana de F. Rota: *Ragion pratica*, 6 (1996), 29 ss.; y Michele TARUFFO, «Per un'analisi comparata del precedente giudiziario», en la misma revista, pp. 55 ss.

persuasivos, pero no el valor de leyes. Valen por su sustancia y no por la forma o el órgano que los produce»²⁵.

Para cerrar este apartado, me parece conveniente subrayar que cuando se habla de la aplicación judicial de la ley, con frecuencia se olvida o deja de lado el hecho de que esta actividad se cifra en una relación del aplicador-intérprete con el texto que no se da en soledad, sino en un contexto, precisamente jurisdiccional. Esto quiere decir que aquel, normalmente, podrá contar con un marco de referencias generado de forma colectiva en la práctica judicial y, además, que su decisión deberá someterse al régimen de recursos previsto en la ley. Todo lo que da lugar a la entrada en juego de relevantes factores de corrección de posibles individuales imprevisiones y excesos.

V. La parte del legislador

El adecuado tratamiento judicial de la *quaestio iuris*, como es de total obiedad, precisa de un antecedente imprescindible, que incumbe en exclusiva al legislador. En efecto, pues difícilmente podría el juez atenerse al imperativo de legalidad estricta allí donde aquel no hubiera cumplido con carácter previo *su parte*, legislando tempestivamente siempre que sea preciso y haciéndolo con el exigible rigor técnico en la formación del lenguaje legal. Esta exigencia tiene un relieve particular en el caso del derecho criminal, donde el imperativo de taxatividad en la elaboración de los tipos penales es sumamente constrictivo, y reclama «el uso de términos de extensión determinada en la definición de las figuras delictivas, para que sea posible su aplicación en el lenguaje judicial como predicados “verdaderos de los” hechos procesalmente comprobados»²⁶. En España la situación del ordenamiento penal es bien poco satisfactoria en este punto. Baste decir que el llamado «Código Penal de la democracia», que data de 1995, ha experimentado desde entonces más de una veintena de reformas²⁷, sin contar la nueva y muy amplia —promovida por Ruiz Gallardón— que prepara

²⁵ L. Ferrajoli, *La democracia a través de los derechos*, cit. p. 130.

²⁶ L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 378.

²⁷ Está, además, el ordenamiento procesal-penal, presidido por una ley decimonónica, sucesivamente reformada (lo que no quiere decir necesariamente mejorada). Y la manifiesta incapacidad de las sucesivas mayorías en el gobierno para afrontar con eficacia la necesaria definitiva reforma, que se expresa en el hecho, hartamente expresivo, de que tanto la anterior socialista como la actual del PP dejarán sendos textos sin pasar de la fase de anteproyecto; y la evidencia de su patética incapacidad para alcanzar un mínimo consenso en materia tan crucial.

la actual mayoría (que, por fortuna, seguramente no llegue ya a ver la luz). Se trata de un modo compulsivo de legislar, pegado a la oportunidad, a veces, se dice muy expresivamente: «a golpe de titular de prensa o de telediario», lo que no favorece nada la calidad del producto, sobre todo en el plano de la coherencia. La situación es realmente grave y el reproche comprende a las sucesivas mayorías, por su desidia y por la demostrada incapacidad para alcanzar acuerdos en cuestiones fundamentales que reclaman un consenso de base y que, por eso, tendrían que estar, ser puestas, por encima de los coyunturales intereses de partido. De partidos que, por otro lado, —quizá este dato tenga alguna virtualidad explicativa de lo que se denuncia—, llevan decenios enredados en las vicisitudes procesales resultantes de sus diversas ilegalidades, muchas de código penal.

También, por ejemplo, en el campo del derecho privado y del derecho social cabe registrar incumplimientos de calado por parte del legislador, que, además, difícilmente podría ser casual, se dan regularmente en perjuicio de la parte débil de las relaciones propias de este ámbito. Esto es de la mayor evidencia en el caso de las medidas legislativas apresuradas impuestas por la crisis, precisamente, en perjuicio de los sectores más (siempre injustamente) golpeados por ella. Una evidencia que, en el caso del derecho laboral es ciertamente brutal, porque lo que está en curso en este sector del ordenamiento es un auténtico proceso de demolición de lo edificado, con tanta dificultad y tanto esfuerzo, a lo largo de tantos decenios.

Quizá nada tan expresivo del actual modo de legislar, como una noticia reciente: «El gobierno cambia 26 leyes de una tacada y sin debate parlamentario»²⁸. En ella podía leerse: «El Congreso convalidará mañana, con los votos del PP, sin debate a fondo ni opción a enmiendas, el Real Decreto-Ley de Medidas urgentes para el Crecimiento, la Competitividad y la Eficiencia. Este paquete de 47 medidas económicas, aprobado el pasado viernes por el Consejo de Ministros [...] supone la modificación de 26 leyes». Es el (mal) signo de los tiempos.

Creciente complejidad del sistema de fuentes, vacío de legislación en materias fundamentales e inflación legislativa al mismo tiempo connotada por un déficit de constitucionalidad. Falta de rigor en el lenguaje legal, leyes condenadas a la provisionalidad por la unilateralidad del respaldo parlamentario, y, cada vez con mayor frecuencia, leyes-acto, esto es, verdaderos actos de gobierno, presididos por el coyuntu-

²⁸ *El País*, 9 de julio de 2014.

ralismo, emanados por el legislativo. Son ingredientes que contribuyen a configurar ese «sistema jurídico que se diría poblado de fantasmas, que de ley tienen solo la apariencia, pero no el cuerpo, la sustancia», del que —con referencia a Italia, «pero no solo», como advierte— ha hablado de forma gráfica Michele Ainis, que diagnostica: «En suma la ley está gravemente enferma. Más aún, esta enfermedad ha puesto en crisis la relación entre las instituciones y los ciudadanos, alimentando un sentimiento de desafección y de repulsa a todo lo que es público, de todos»²⁹.

Semejante estado de cosas, es profundamente desestabilizador visto desde la perspectiva del juez, porque esa legislación emergente suele estar en franca contradicción con la línea de principios que emana de constituciones como las de nuestros países, lo que da lugar a marcos legales de un perfil esquizoide, que son inevitable fuente de inseguridad jurídica, en cuanto dilatan de una forma extraordinaria el campo de la interpretación.

VI. La contribución del juez

El juez carece de legitimación constitucional y de habilitación legal para emanar normas jurídicas de carácter general, propiamente hablando. Su función, dicho con Ferrajoli, es la propia de una institución «de garantía»³⁰. De constatación de actos relevantes para el derecho, de calificación de los mismos conforme a este, y de derivación de las consecuencias jurídicas también previstas por el ordenamiento en relación con ellos y para sus autores. En tal sentido, su actividad, la jurisdiccional, no es, pues, fuente de derecho. Por tanto, en rigor formal, no lo *crea*, sino que opera a partir del que (siempre en mayor o menor medida *in fieri*) ya existe, que es al que debe ajustar su proceder y sus decisiones como intérprete y aplicador, *concretándolo*, al mismo tiempo para el caso.

²⁹ En *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Laterza, Roma-Bari, 2000, p. VIII.

³⁰ Cfr. al respecto, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchis y A. Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, 2011, I, pp. 831 ss. En cambio, las instituciones «de gobierno» tienen atribuidas funciones de «innovación jurídica a través de las leyes o disposiciones administrativas» (*ibid.*, p. 827). Sobre las diferencias entre autoridades políticas y autoridades jurisdiccionales, en la perspectiva en que se sitúan estas reflexiones, véase también Josep Aguiló Reglá, *Teoría general de las fuentes del derecho*, Ariel, Barcelona, 2000, pp. 121-123.

Pero, no obstante, hay que decir que el juez, quiera o no quiera, se ve constreñido a moverse en un contexto de referencias normativas que está lejos de darle *el trabajo hecho*. Esto sería así, incluso en el mejor de los supuestos, o sea, en el de contar con la mejor de las leyes, con la ley ideal. Pues, en todo caso, la visión del legislador, escribe Bin, será la propia del que «ve las cosas de lejos, con el grado de definición de quien sobrevuela una floresta»³¹; que es por lo que, hay que dar la razón a Ricoeur, «ningún caso se limita a ser la ejemplificación de una regla»³². Por tanto (y estando solo a la *quaestio iuris*), no haría falta afirmar que hoy, visto lo dicho acerca del modo de operar de la instancia parlamentaria en realidades como las nuestras, tan ajeno a este paradigma, el margen de maniobra del juez puede llegar a ser enorme, incluso muy a su pesar. Además, en nuestras latitudes, el marco en el que se mueve en tanto que intérprete-aplicador —integrado por disposiciones de distintos niveles y procedencias, no siempre coherentes, actuando sobre una realidad convulsa— será fluido, y, con ello, variable en su poder de constricción, esto es, en la intensidad de la sujeción a la ley de la potestad decisonal.

Escribió Montaigne que «es la palabra mitad del que habla y mitad del que escucha»³³. Esta apreciación, aunque no de forma mecánica en lo relativo al grado de implicación en la *cotitularidad* del discurso—que variará según la calidad de la intervención del autor del texto—, es perfectamente susceptible de trasladarse a nuestro terreno. Si bien, con la relevante particularidad de que aquí la relación se complica, debido a que la *lectura* no es *cosa de dos*, no se agota en sí misma, sino que a ella contribuyen también otros interesados, destinatarios finales, implicados en una situación por lo general conflictiva, en cuyo ámbito producirá importantes consecuencias. Respecto de estos, normalmente enfrentados acerca del sentido de la disposición legal que les concierne, el juez interviene, con la misma como instrumento, en la calidad de mediador. Por tanto, con una finalidad que es práctica, y que, por ello, incidirá de forma inevitable en la inteligencia del texto (que significa, siempre y solo, en un contexto), imponiendo la consideración de fac-

³¹ Roberto Bin, *A discrezione del giudice*, Franco Angeli, Milán, 2013, p. 23. Corresponde a los jueces, en cambio, prosigue el autor, «distingu[ir] los particulares, como un cazador que se mueve dentro de esa misma floresta» (*ibid.*).

³² Paul Ricoeur, *Lo justo*, trad. cast. de C. Gardini, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 185.

³³ M. de Montaigne, *Ensayos*, cit., III, p. 367. En similar sentido, Octavio Paz ha dejado escrito que «poeta no solo es el que habla sino el que oye», en «El diálogo y el ruido», ahora en *Itinerario crítico. Antología de textos políticos*, selección y prólogo de A. González Torres, Conaculta, México, 2014, p. 266.

tores pragmáticos que no podrán dejar de influir en esa atribución de sentido, *sobredeterminándola* de algún modo. Así sucede que —como subraya Cerri— ya la misma fijación de «los perfiles de jurídica relevancia del hecho concreto» es el resultado de una búsqueda inevitablemente selectiva, presidida siempre por «alguna orientación»³⁴, que mal podría estar dada por el legislador.

Franco Cordero se ha referido al juez como «el obstetra *par excellence*, cuyas lecturas constituyen *res iudicata*»³⁵; o lo que es lo mismo, se traducen en una norma particular hasta ese momento *non nata* como tal, y entre cuyas determinaciones se cuentan, pues, los datos del caso. Estos, ya se ha dicho, nunca llegan a la mesa de aquel como un producto final, es decir, acabado, sino que él mismo debe implicarse activamente en su elaboración, operando en una perspectiva ya jurídicamente encaminada, en cuya elección le cabe también el protagonismo que viene señalándose³⁶.

Así las cosas, es claro, la actividad jurisdiccional se desarrolla en dos planos, estrechamente interconectados, cada uno de ellos connotado por un estimable factor de indeterminación³⁷, que, en esa doble vertiente, grava la situación sobre la que se debe decidir. Y se concreta en la prestación de una actividad sin cuya mediación, en el supuesto justiciable, la ley sería inoperante, puesto que precisa inexcusablemente de la intervención de un operador: el juez, que deberá *poner* algo (con frecuencia, bastante) que, en rigor, no está ni dado en el material probatorio ni anticipado *fotográficamente* en aquella.

³⁴ Augusto Cerri, «L'indipendenza della magistratura nella teoria della divisione dei poteri», en Angelo Cervati y Mauro Volpi, *Magistratura e Consiglio superiore in Francia e in Italia*, Giappichelli, Turín, 2010, p. 39.

³⁵ En «Nomos basileus, lezione impolitica», en *Le strane regole del signor B.*, Garzanti, Milán, 2003, p. 14.

³⁶ Al respecto, R. Bin ha cuestionado el que califica expresivamente de «enfoque newtoniano», en el que el intérprete, en este caso el juzgador, operaría como «un observador externo» sobre un mundo de hechos y de derecho, para él dado y separado; y propugnado un enfoque inspirado en la física cuántica, en la idea de que «el observador actúa dentro del sistema observado y forma parte de él», con el resultado de que, aquí, «el mundo jurídico no existe como sistema determinista, sino como conjunto de potencialidades y posibilidades» (en *A discrezione*, cit., pp. 17-19).

³⁷ Sobre la indeterminación en lo que se refiere al derecho, cfr. Juan Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 25 ss. y 181 ss.; Isabel Lifante Vidal, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 66 ss.; Ángeles Ródenas, *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, Marcial Pons, 2012, pp. 21 ss.; también J. Aguiló Reglá, *Teoría general*, cit., pp. 108 ss.

En ninguno de los dos planos en que se mueve el quehacer jurisdiccional, pero, desde luego, no en el caso de la aplicación judicial de la ley (al que especialmente se refieren estas consideraciones), ese *poner* algo *propio* en un contexto connotado por un grado de indeterminación, no tiene nada que ver con el punto de vista kelseniano, en el que «la producción de la norma individual en el proceso de ejecución de la ley [...] es una función volitiva», la opción por una «entre las posibilidades ofrecidas por la norma [...] un problema de [...] política del derecho»³⁸, y la del juez una interpretación «auténtica»³⁹. Es más, allí donde el *modus operandi* de un juez siguiese este canon, más que de un acto de aplicación tendría que hablarse de una actuación prevaricadora. Con los márgenes que la relativa indeterminación semántica de los enunciados legales abre a la función del intérprete-aplicador y aun con otras posibles indeterminaciones, a las que se ha aludido, lo cierto es que este está constreñido a moverse en el marco de referencias normativas preestablecido, según pautas o criterios de lectura consagrados en la práctica científica y jurisdiccional a los que también se ha hecho alusión, y a hacerlo —esto es particularmente importante— de forma racionalmente argumentada. Se trata de esa «discrecionalidad “subordinada” de carácter supletorio o suplementario», distinta de la del legislador, y estrechamente ligada a la interpretación, de la que habló Betti⁴⁰. Al fin, como resultado de una actividad esencialmente cognoscitiva, desarrollada a través de un articulado proceso discursivo y con un sustento de razones, se plasmará —ya en el momento propiamente decisional— en una conclusión opinable (lo propio de las alcanzables, fuera del campo de la lógica y de la matemática, con los recursos de las ciencias sociales). Y, ya se ha dicho, a diferencia del juez sobre el que tópicamente discurre la teoría del derecho, el que ejerce jurisdicción en la práctica, sabe que puede ser y normalmente será cuestionado en sus fallos, en general, revisables en otra instancia.

Por tanto, es verdad que el modo de operar judicial no responde, ciertamente, a lo denotado por el verbo «crear» en la primera acepción del Diccionario («producir algo de la nada»); pero sí a una de las con-

³⁸ En «Sulla teoria dell'interpretazione», en Hans Kelsen, *Il primato del parlamento*, ed. de C. Geraci, presentación de P. Petta, Giuffrè, Milán, 1982, pp. 164-165. En la materia, cfr. Juan Ruiz Manero, *ibid.*, pp. 25 ss.

³⁹ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. cast. de R.J. Vernengo, UNAM, México, 1979, p. 354.

⁴⁰ Emilio Betti, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. cast. de J.L. de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, p. 147.

creaciones de la segunda: «establecer [...] por primera vez una cosa», si bien, aquí, partiendo, no ya de «la nada», sino de algunos datos fácticos o elementos normativos preexistentes, para llegar a un resultado que, como tal, previamente no estaba *dado* y siempre podría haber sido otro.

Recuerda Atienza que interpretar el derecho (y, diría que más si se trata de aplicarlo) implica «una producción de normas que antes no existían (o no existían explícitamente)»⁴¹, es decir, *como tales*, y, «en este sentido, es obvio que los jueces crean derecho», por más que esta sea «una creación peculiar»⁴²; y circunscrita en los «intersticios» de Cardozo⁴³. Y es que, en la perspectiva del caso, jurídicamente hablando, hay un antes y un después de la sentencia; que, además, aunque su eficacia sea formalmente *inter partes*, como subraya Aguiló Reglá, en tanto que «nueva norma [...] junto con los criterios utilizados para justificarla» ingresa de algún modo en el acervo del derecho objetivo con efectos, por pequeños que sean, de alcance normativo⁴⁴.

Genaro R. Carrió, en un texto de referencia obligada en esta materia, hizo ver que el debate aparentemente orientado a elucidar si en el ámbito de la interpretación «los jueces crean derecho», seguía en realidad girando en torno a qué es lo que estos «*deberían hacer*»⁴⁵. Como, a mi juicio, sigue haciéndolo en gran medida. A pesar de que, a estas alturas, ningún jurista sin telarañas (voluntarias o involuntarias) en los ojos, puede desconocer los auténticos perfiles de la (imprescindible) mediación jurisdiccional y la calidad y amplitud de los márgenes (incancelables) con que opera, en los dos planos en los que tópicamente se articula.

⁴¹ Manuel Atienza, «Dos versiones del constitucionalismo»: *Doxa* 34, p. 82. Pues lo cierto es que, como escribe Aguiló Reglá, «el proceso de aplicación del derecho objetivo contribuye a la conformación del mismo» (en *Teoría*, cit., p. 103).

⁴² Manuel Atienza, *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, p. 53. En esta línea se inscribe el punto de vista de Mauro Cappelletti: «El verdadero problema no es, pues, el de un neto contraste entre los conceptos de interpretación y de creación del derecho, que en la realidad no existe. El verdadero problema es otro, o sea el del *grado de creatividad*» (en *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milán, 1984, p. 10). Y de creatividad habla también Vittorio Villa, a cuyo juicio: «*no se da interpretación sin creatividad*» (en «Un approccio pragmaticamente orientato alla interpretazione giuridica», en *Questione giustizia*, n.º 5, 2005, pp. 934-935).

⁴³ «Él [el juez] legisla solamente llenando lagunas. Él llena los espacios abiertos en el Derecho», escribió Benjamín N. Cardozo, en *La naturaleza de la función judicial*, trad. de E. Ponssa, Arayú, Buenos Aires, 1955, p. 90.

⁴⁴ J. Aguiló Reglá, *Teoría*, cit., pp. 111-112.

⁴⁵ Genaro R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 4.ª edición 1990, pp. 110-111 ss.

Pues bien, valdría ciertamente la pena que, a partir de esta evidencia tan fácil de constatar, la ideológica *preocupación* del formalista⁴⁶, cediera el campo a la *ocupación* activa en el *cómo* dotar al juez de una conciencia lúcida acerca de la auténtica naturaleza del ordenamiento que aplica, de la del propio rol y de la clase de bagaje cultural y técnico preciso para ejercerlo con el rigor constitucional exigible⁴⁷.

⁴⁶ En el sentido de Uberto Scarpelli, que denota con este término al que «entre los juristas, considera que el lenguaje jurídico, en el que el derecho se expresa, tiene una lógica autosuficiente e íntegramente determinante de las operaciones de interpretación y aplicación del derecho mismo» (en «Introduzione...», cit., p. 409).

⁴⁷ En este campo, donde la convencida asunción del deber de dotar de riguroso fundamento a las resoluciones —como forma de autocontrol del proceso decisonal y de apertura de este al control externo desempeña un papel central— tiene una importancia asimismo fundamental la teoría de la argumentación, presupuesto de la buena práctica argumentativa en que idealmente debería traducirse todo ejercicio de jurisdicción. Manuel Atienza se ha referido, con toda pertinencia, a *El Derecho como argumentación* (Ariel, Barcelona, 2006), en el título de una de sus obras; y hay que convenir en que, como por lo demás, él mismo pone también de manifiesto en otra de estas (*Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, en particular, pp.107 ss. y 643 ss.), el buen ejercicio de la jurisdicción tendría que ser argumentación, en una parte muy, si no la más, esencial.

La falta de seguridad jurídica en el sistema judicial español: análisis del problema y posibles soluciones

Juan Carlos González Barral

Magistrado. Doctor en Derecho

I. Dos conceptos de estado de derecho

Tal y como se ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones¹, el concepto de *rule of law*, identificable entre nosotros con el Estado de Derecho, es considerado de dos maneras diferentes.

En el entorno de la Europa continental, se suele entender que existe Estado de Derecho sólo si el poder del Estado es limitado y los derechos fundamentales están garantizados. Desde este punto de vista, el Estado de Derecho tiene un componente axiológico (Hayek).

Desde el punto de vista anglosajón, sin embargo, los elementos claves del Estado de Derecho (*rule of law*) no son exactamente la democracia y los valores éticos en que se funda —aspectos que se dan por sentados— sino la protección de los derechos de propiedad y una eficiente administración de Justicia. En esta línea, el Derecho debe proporcionar estabilidad.

Este segundo enfoque no era habitual en nuestro entorno hasta tiempos recientes, pero distintos factores, entre ellos la última crisis económica, han llevado a algunos autores a incorporar el factor económico en sus análisis del sistema judicial, no sólo en relación a sus costes internos, sino también en cuanto a su impacto global sobre el conjunto de la economía del país.

En este trabajo, vamos a incidir en este tipo de factores para evaluar la eficiencia de la organización judicial española. Ello no significa

¹ En este sentido, por ejemplo, Trebilcock, M., y Daniels, R., *The Rule of Law and its Development*, Edward Elgar Ed., 2008. Para un estudio más en profundidad de los orígenes y distintas concepciones del Estado de Derecho: Heuschling, L., *État de Droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Editions Dalloz-Sirey, 2002.

en absoluto que despreciemos la aproximación axiológica al concepto de Estado de Derecho que acoge nuestra Constitución, como cláusula conectada con los valores superiores del Ordenamiento jurídico y con el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales. Simplemente, se propone aquí otra perspectiva diferente de análisis, compatible con aquella.

II. El impacto económico del funcionamiento del sistema judicial

Desde el punto de vista del análisis económico, la doctrina clásica desde Adam Smith viene poniendo de manifiesto que llevar a cabo transacciones de mercado de manera eficiente no sólo requiere un adecuado marco regulatorio, sino que necesita también la implementación de fórmulas adecuadas para que se respeten y cumplan los términos contractuales que rigen dichas transacciones. En un marco conceptual más amplio, se puede afirmar que para el funcionamiento correcto de una economía competitiva no sólo es precisa una regulación de calidad, sino que también se exige contar con mecanismos institucionales que garanticen el cumplimiento de lo pactado. En nuestro caso, el principal mecanismo institucional es el sistema judicial (como ya puso de manifiesto Coase en los años 60), no sólo por su carácter público, sino porque de él depende el funcionamiento de todos los demás (por ejemplo, la ejecución de un laudo arbitral puede requerir en última instancia la intervención judicial).

Diversos estudios sectoriales han puesto de manifiesto la correlación entre eficiencia en los mercados y buen desempeño del sistema judicial. Desde los estudios de North y Acemoglu se ha demostrado en diversas ocasiones que la protección otorgada a los derechos de propiedad o, más en general, la eficacia de los medios institucionales que garantizan la aplicación de las normas y contratos, son factores directamente relacionados con el desarrollo económico. Está documentado, por ejemplo, que cuando los órganos judiciales, por la razón que sea, no pueden cumplir su función de imponer el cumplimiento de los compromisos contractuales y de las obligaciones normativas, existe una menor disposición en los operadores jurídicos a realizar transacciones comerciales anónimas —que son las propias de la economía de mercado—, y ello, lógicamente, implica una pérdida de competitividad y condiciona el desarrollo económico de un país.

Evidentemente, ello puede tener efectos sobre el tamaño del tejido empresarial y sobre el crecimiento orgánico de las compañías. De hecho, la dimensión media de las empresas está directamente relacio-

nada, entre otros factores, con la eficiencia de los sistemas judiciales (en este sentido, Kumar, Rajan y Zingales²). Y ello por dos razones: de un lado, un sistema judicial eficiente facilita a los gestores empresariales el uso de los recursos de forma más eficaz para la expansión de la empresa, pues proporciona una protección más completa de elementos inmateriales como los derechos de propiedad industrial e intelectual, el fondo de comercio o las técnicas de gestión empresarial más adecuadas para la maximización del beneficio. Por otro lado, un sistema judicial eficiente protege a los inversores exteriores, y con ello mejora el acceso de las empresas a financiación externa y al desarrollo de los mercados de capitales³.

Otros análisis, incluso institucionales, llegan a conclusiones similares. Así, por ejemplo, en el ámbito de la OCDE, Palumbo, Giupponi, Nunziata y Mora-Sanguinetti⁴, muestran que a día de hoy existen evidencias científicas muy claras de que el correcto desempeño del sistema judicial tiene un impacto beneficioso en los siguientes ámbitos:

- Competencia: Los estudios de Johnson⁵ muestran que la ejecución de contratos en tiempo razonable promueve la competencia, al incentivar a los compradores a realizar transacciones con los vendedores que aún carecen de una sólida reputación comercial debido a su condición de nuevos entrantes en el mercado.
- Crecimiento empresarial y especialización: El análisis, ya citado, de Kumar y otros, pone de manifiesto que un sistema judicial más eficiente está asociado con un tamaño corporativo mayor; este efecto es más acusado en compañías que no son intensivas en capital. El hecho se explica porque, como ya hemos expuesto, un buen sistema judicial protege mejor activos intangibles (como la reputación comercial o el fondo de comercio). En el caso español esta afirmación ha recibido confirmación empírica en los estudios de García-Posada y Mora-Sanguinetti⁶. En el caso italiano,

² Kumar, B., R. Rajan and L. Zingales (2001), «What Determines Firm's Size», *NBER Working Paper* 7208.

³ Djankov, S., R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes and A. Shleifer (2003), «Courts», *Quarterly Journal of Economics*, págs. 453-517.

⁴ Palumbo, G., G. Giupponi, L. Nunziata, and J. Mora (2013), «The economics of civil justice: new crosscountry data and empirics», *OECD Economics Department Working Papers*, No. 1060. París.

⁵ Johnson, S., J. McMillan and C. Woodroof (2002), «Courts and Relational Contracts», *Journal of Law, Economics and Organisation*, 18: págs. 221-277.

⁶ García-Posada, M. and J.S. Mora-Sanguinetti (2013), *Firm Size and Judicial Efficacy: Local Level Evidence in Spain*. Documento de Trabajo del Banco de España.

se estima que la lentitud de su sistema judicial implica una disminución del 10 por ciento en el tamaño medio de sus empresas (Giacomelli y Menon⁷).

- Inversiones y especialización empresarial: Nunn⁸ ha señalado que la aceleración de los tiempos de respuesta judicial reduce los incumplimientos contractuales e influye sobre las decisiones empresariales de inversión, incentivando las compras de inmuebles con destino empresarial y de bienes de equipo.
- Mercados de crédito: Existen evidencias de que una mejor ejecución judicial de los créditos, en términos de tiempo, coste y porcentaje de recuperación, en los procedimientos de insolvencia o quiebra posibilita el desarrollo de los mercados de deuda. Esta afirmación ha sido confirmada, para el caso español, por Mora-Sanguinetti.
- Otros efectos: un mal funcionamiento del sistema judicial induce a un uso ineficiente de los recursos y la tecnología disponible pues distorsiona el mercado laboral y lastra el funcionamiento de los alquileres inmobiliarios (Casas-Arce⁹).

Descendiendo al caso concreto de los mercados de crédito, son clásicos en este ámbito los análisis empíricos de Japelli y otros autores¹⁰ para el caso de Italia, y de Desai, Gompers y Lerner para el conjunto de Europa. Utilizando metodología similar, en el ámbito español puede utilizarse el análisis de Padilla, Llorens, Pereiras y Watson¹¹, relativo a la influencia del sistema judicial sobre el mercado de crédito, desagregado al nivel provincial. El estudio es importante porque está datado en un momento en el que el ciclo económico no había entrado aún en fase depresiva, lo que permite que los datos macro obtenidos no resulten totalmente distorsionados por los elementos coyunturales de la profunda crisis padecida desde 2007.

⁷ Giacomelli, S. and C. Menon (2012), «Firm Size and Judicial Efficiency in Italy: Evidence from the Neighbour's Tribunal». *SERC Discussion Papers 0108*, Spatial Economics Research Centre, London School of Economics.

⁸ Nunn, N. (2007), «Relationship-Specificity, Incomplete Contracts and the Pattern of Trade», *The Quarterly Journal of Economics*, págs. 569-600.

⁹ P. Casas-Arce and A. Sais (2010), «Owning versus Renting: Do Courts Matter?», *Journal of Law and Economics*, 53(1), págs. 137-165.

¹⁰ Jappelli, T., M. Pagano and M. Bianco (2005), «Courts and Banks: Effects of Judicial Enforcement on Credit Markets», *Journal of Money Credit and Banking*, 37(2): 223-244.

¹¹ Padilla, J., V. Llorens, S. Pereiras and N. Watson (2007), «Eficiencia judicial y eficiencia económica: el Mercado crediticio español», en *La Administración Pública que España necesita*, Libro Marrón, Círculo de Empresarios, Madrid.

Muy resumidamente, este estudio del caso español muestra las siguientes conclusiones:

- a) Un incremento de la duración de los asuntos civiles de un mes está asociado con una caída del ratio del crédito sobre PIB (provincial) de 4 puntos porcentuales y con un incremento del ratio de impagados sobre PIB (provincial) de 0,08 puntos porcentuales.
- b) A su vez, un incremento de la tasa de pendencia de un punto porcentual está asociado con un incremento del ratio de impagados sobre PIB (provincial) de 0,28 puntos porcentuales.
- c) La tasa de pendencia de las ejecuciones tiene un impacto positivo sobre el ratio de impagados.
- d) Así pues, los resultados de la estimación confirman que las provincias con mejor desempeño judicial exhiben una mayor actividad crediticia a la vez que menores niveles de morosidad. Estos resultados, consistentes con la evidencia obtenida en otros países, resaltan el elevado coste económico que tiene la ineficiencia judicial.

Desde esta perspectiva económica, es evidente por tanto que un mejor funcionamiento del sistema judicial es un factor de dinamización y progreso muy importante.

III. Análisis de los problemas esenciales del sistema judicial español

El objeto de esta ponencia no es realizar un análisis pormenorizado de las ineficiencias del sistema judicial español, sino señalar de un modo dinámico, es decir, desde una perspectiva temporal, cuáles son los grandes problemas detectados por los operadores jurídicos y económicos en los últimos años y comprobar su evolución. Para ello podemos utilizar el estudio del Círculo de Empresarios publicado en 2003, titulado *Justicia, Economía y Empresa*, dado que es un documento frecuentemente citado en los trabajos de la OCDE y del Banco de España.

En dicho estudio se revelaba que las más importantes deficiencias de nuestro sistema judicial eran las siguientes:

1. *La lentitud en la respuesta judicial*

a) LA IMPORTANCIA DE ACORTAR LOS PLAZOS DE DURACIÓN DE LOS PLEITOS

El acortamiento de los plazos de resolución es importante por razones variadas. Algunas de ellas están ligadas a los costes directos de un

sistema judicial lento y otras derivan de los efectos que una mejora de los tiempos de respuesta supone para el entorno económico y social en su conjunto.

Es un dato estadístico comprobable que el mayor número de estimaciones de reclamaciones de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia se debe a la existencia de dilaciones indebidas en los pleitos, muchas veces imputables a razones estructurales del sistema. Ello supone un coste para el Ministerio de Justicia, sólo en cuanto a resoluciones estimatorias en vía administrativa durante el año 2013 de 654.254,50 euros.

En ocasiones, esas dilaciones llegan a incidir en el sentido de fallo, ya sea de manera expresa, por ejemplo, en los casos penales en los que se aprecia la atenuante de dilaciones indebidas, ya sea de manera tácita, en todos aquellos casos en los que el juez tiene en cuenta a la hora de resolver la larga duración del procedimiento

En tercer lugar, la duración de los procedimientos es considerado como uno de los criterios que permite medir la eficiencia de un sistema judicial, lo cual resulta necesario para garantizar el desarrollo económico de un país.

Así se expresa de forma clara y contundente el estudio *«El funcionamiento del sistema judicial: nueva evidencia comparada»*, publicado por el Banco de España y elaborado conjuntamente con la OCDE (Boletín económico, noviembre, 2013) en el que se señala que a la hora de analizar la eficiencia de un sistema judicial de un país se ha de atender a varios criterios, entre los cuales se sitúa preferentemente la duración de los procedimientos. Por esa razón, el estudio que mencionamos se centra en el análisis de ese parámetro, y ello por varios motivos:

- En primer lugar, desde un punto de vista económico, interesa observar al sistema judicial como una institución capaz de sustentar el buen funcionamiento de los mercados. La lentitud o la rapidez con la que actúa es una característica que permite conocer si realiza adecuadamente este cometido.
- En segundo lugar, la duración de los procedimientos y sus determinantes pueden ser medidos cuantitativamente y, por lo tanto, pueden ser utilizados para las comparaciones entre países.
- En tercer lugar, una duración razonable de los procedimientos no es solo una propiedad deseable *per se*, sino que también es importante para lograr un buen rendimiento en otras muchas dimensiones, como es el acceso de las partes a la justicia (en

tanto que procedimientos más largos son también más costosos, lo cual podría excluir a algunos sujetos con bajos recursos) o la previsibilidad de las sentencias. En este sentido, y conectando con el objeto de la presente ponencia, todos los análisis indican que el alargamiento de los tiempos de respuesta es un factor decisivo en la divergencia del sentido de la resolución judicial respecto del resultado del pleito esperado por las partes. A mayor duración del pleito, más imprevisible es su resultado.

En cualquier caso, el coste económico directo e indirecto que para el conjunto de la economía nacional resulta del incremento de los plazos resolutorios es evidente. Por otro lado, ese tipo de retrasos resulta nocivo en términos de justicia material, no sólo porque puede llegar a hacer ineficaz o inejecutable la resolución que se dicte, sino porque condiciona el comportamiento en el mercado de los litigantes, favoreciendo claramente durante la pendencia del pleito la posición del operador económico o consumidor más fuerte. De esta forma, la demora en los tiempos de respuesta no sólo es ineficiente para el conjunto del sistema económico, sino profundamente injusta para la parte más débil del pleito.

b) LAS CAUSAS DE LA DURACIÓN EXCESIVA DE LOS PROCEDIMIENTOS

Antes de analizar la situación comparada de nuestro sistema judicial en cuanto a los tiempos de respuesta, resulta conveniente conocer las causas determinantes de una duración excesiva de los procedimientos.

De acuerdo con el análisis de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Consejo de Europa¹², esas razones son básicamente tres:

- a) La organización y estructura judicial.
- b) El aumento de la carga de trabajo de los tribunales y una mayor complejidad de los asuntos.
- c) Problemas de procedimiento.

Los poderes públicos no pueden incidir fácilmente en el factor b), pero sí en la estructura judicial y en los aspectos procesales. En cuanto

¹² Titium, P., «Los trabajos del Consejo de Europa sobre el coste de la Justicia,» en *El coste de la Justicia, Cuadernos de Derecho Judicial*, Escuela Judicial-Consejo General del Poder Judicial, XV-2001, pág. 480.

a estos últimos, todas las leyes procesales, excepto la Ley de Enjuiciamiento criminal, han sido recientemente sustituidas por textos más modernos. La Ley de Enjuiciamiento Civil es de 2000, la ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa fue aprobada en 1998, y la ley Reguladora de la Jurisdicción Social data de 2011. Así pues, más allá de alguna reforma puntual, no parece que en el caso español la respuesta para una aceleración de los plazos de tramitación de los procedimientos radique en dictar nuevas normas procesales, excepto en materia penal. Por otro lado, en la actualidad se encuentra en sede parlamentaria una reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, uno de cuyos objetivos declarados en el acortamiento de los plazos de respuesta judicial.

Por lo tanto, toda posible mejora en este ámbito deberá centrarse en la reforma de la organización y estructura judiciales. No obstante, antes de valorar las posibles medidas es necesario determinar cuál es el estado comparado real de nuestro sistema jurisdiccional en materia de tiempos de respuesta.

c) ANÁLISIS DEL CRITERIO «DURACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS» EN EL CASO ESPAÑOL

En el caso español resultan particularmente interesantes dos datos:

- La demora en los tiempos de resolución de los pleitos se produce principalmente en la primera instancia, y no tanto en vía de recurso; en esta última los resultados comparativos con otros países de la OCD son relativamente buenos. De ahí que cualquier mejora en este ámbito deba centrarse especialmente en la primera instancia.
- Aun teniendo en cuenta que el retraso judicial se concentra especialmente en la primera instancia, España no tiene en términos comparativos un verdadero problema en cuanto a los tiempos de respuesta de los órganos jurisdiccionales.

Esa afirmación resulta evidente si se analiza el siguiente cuadro, que muestra los resultados de la duración de los pleitos para los países analizados.

Cuadro 1

Medidas de duración media (en días) de los procedimientos judiciales en los países de la OCDE

País	Primera Instancia	Segunda Instancia	Tribunal Supremo	Duración total	Duración <i>Doing Business</i>
Australia	192	287			395
Austria	129				397
Bélgica	233				506
República Checa	136	77	313	524	611
Dinamarca	199	127			410
Inglaterra y Gales	350				399
Estonia	209	121	92	422	425
Finlandia	219	221	168	609	375
Francia	274	343	333	950	331
Alemania	200	207			394
Grecia	155	272			819
Hungría	200	111	142	454	395
Islandia	211				417
Irlanda	270				650
Israel	294	359			890
Italia	264	1.113	1.188	2.866	1.210
Japón	107	114	146	368	360
Corea	144	179	255	579	230
Luxemburgo	262	555			321
México	342				415
Holanda	305				514
Nueva Zelanda	171	191	286	648	216
Irlanda del Norte	206				399
Noruega	160				280
Polonia	167	43			830
Portugal	425	120	90	635	547
Rusia	176				281
Escocia	206	350	350	906	399
Eslovaquia	354	76	194	624	565
Eslovenia	420	103	831	1.354	1.290
Sudáfrica	258				600
España	272	189	316	778	515
Suecia	186	117	225	528	508
Suiza	131	142	95	368	390
Turquía	212				420
Media por sistemas legales					
Derecho común o anglosajón	243	297	318	777	494
Derecho francés	304	432	482	1.307	560
Derecho germánico	200	117	269	587	535
Derecho nórdico	165	155	197	568	398
Derecho en antiguos países socialistas	176				281
Media total	238	236	314	788	506

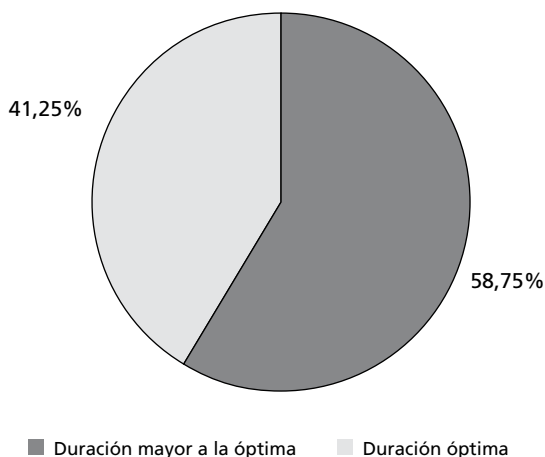
Fuentes: Palumbo *et al.* (2013a y 2013b), Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia y *Doing Business*.

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-15759-59-1, núm. 11/2015, Bilbao, págs. 37-70

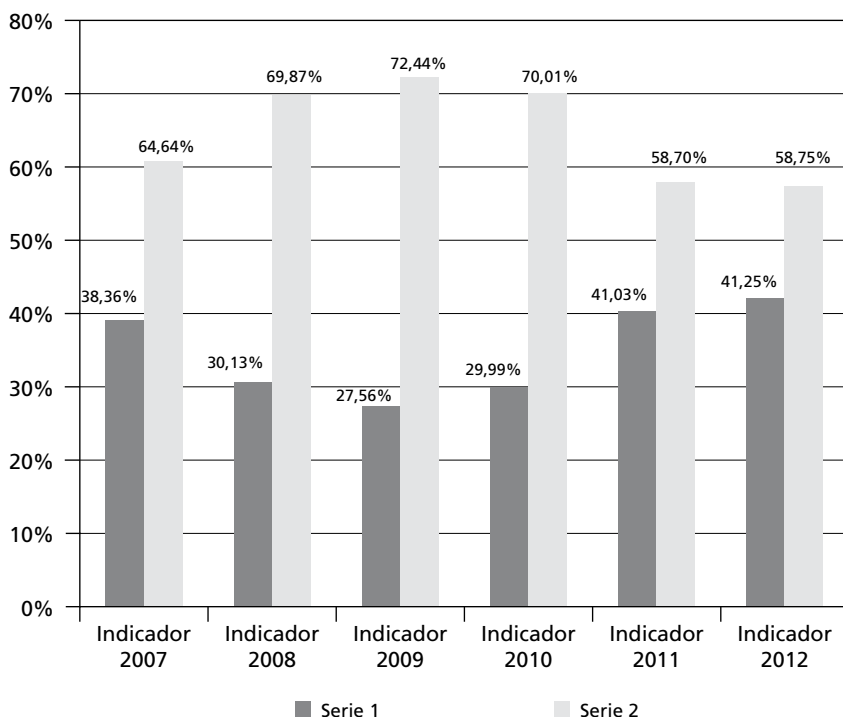
La primera conclusión que se desprende del cuadro expuesto es la elevada variabilidad de la duración de los pleitos entre los distintos países: la duración media global de la primera instancia se eleva a 238 días, alcanzando más de 350 días en el nivel superior de la distribución. Una segunda conclusión radica en que España, con una duración de 272 días, está por encima de la media en la primera instancia y mejora la de Francia (274) y las de Inglaterra y Gales (350).

Por otro lado, la duración de los procedimientos en España es bastante estable en el tiempo, sin que a nivel global puedan apreciarse disminuciones importantes. A tal efecto, puede comprobarse (Observatorio de la Actividad de la Justicia, Informe 2013) que el indicador «*Razonable duración de los procesos*» prácticamente no ha mejorado desde 2007, pues en ese año el porcentaje de los procedimientos que exceden la duración razonable fue de 39,73%, mientras que en 2012, último año analizado, fue de 43,11%. Un aumento, pues del 3,38%, achacable sólo en parte al incremento de la litigiosidad, puesto que también se incrementó el número de unidades judiciales. Así se desprende de los siguientes cuadros, que extraemos del Observatorio mencionado:



**Décimo indicador:
comparación interanual de la duración de los procesos**

En el cuadro siguiente, los datos en negro responden al porcentaje de procedimientos que excede la duración razonable de los procesos y



**Décimo indicador:
comparación interanual de la duración de los procesos
(serie histórica)**

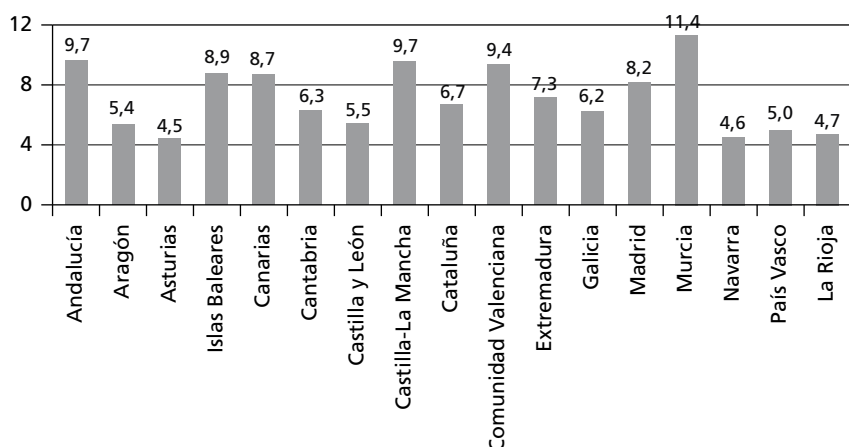
los que figuran en tono gris indican los porcentajes de pleitos con duración óptima. El indicador «razonable duración de los procesos» es independiente de los plazos que figuran en las leyes procesales. La duración óptima es la establecida por el Observatorio de la Actividad de la Justicia de la Fundación Wolters Kluwer.

Puede comprobarse cómo, salvando los años en los que la crisis elevó de una manera apreciable el número de litigios, el número de procedimientos con una duración óptima, tiende a situarse en un sesenta por ciento aproximadamente.

Si entramos en el concreto ámbito de los procedimientos civiles, que es aquel que ofrece un reflejo más ajustado de la situación económica del país, la Memoria presentada por el Consejo General del Poder Judicial correspondiente al año 2013 indica que la duración media de

los procedimientos ordinarios en el ámbito civil sí ha aumentado, aunque levemente, mientras que en los monitorios se ha hecho notar la reducción del ingreso de dichos asuntos en 2011 y en los primeros trimestres de 2012, lo que ha supuesto una apreciable reducción de las duraciones medidas en meses.

	2012	2011	2010	2009	2008
Juzgados de Primera Instancia	7,2	8,0	7,7	7,3	6,9
Juzgados de Familia	4,5	4,4	4,0	4,0	4,0
Juzgados de Primera Instancia e Instrucción	0,2	0,0	9,3	8,6	8,1
Total Primera Instancia Civil	8,0	8,6	8,3	7,7	7,4



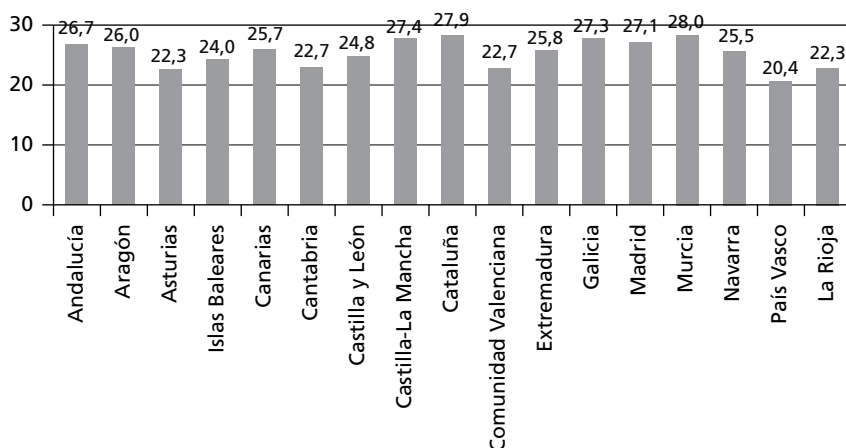
Duración media estimada de los asuntos civiles terminados en primera instancia en 2012

	2012	2011	2010	2009	2008
Nulidades	12,3	11,4	11,4	12,0	10,5
Divorcios consensuados	1,9	2,0	2,0	1,9	1,8
Divorcios no consensuados	9,6	9,7	9,4	9,2	8,8
Separación de mutuo acuerdo	3,1	3,7	3,3	3,6	3,7
Separaciones contenciosas	11,0	11,5	12,3	14,4	16,4
Ordinarios	14,7	14,5	13,2	12,2	11,6
Monitorios	7,8	8,6	8,1	7,7	7,4

Las duraciones en las Audiencias Provinciales civiles han tenido un leve incremento en cuanto a los recursos.

	2012	2011	2010	2009	2008
Procesos Única Instancia	3,2	3,0	4,1	3,9	3,9
Recursos	6,5	3,0	5,8	5,5	5,5
Total Civil	6,3	5,9	5,7	5,4	5,4

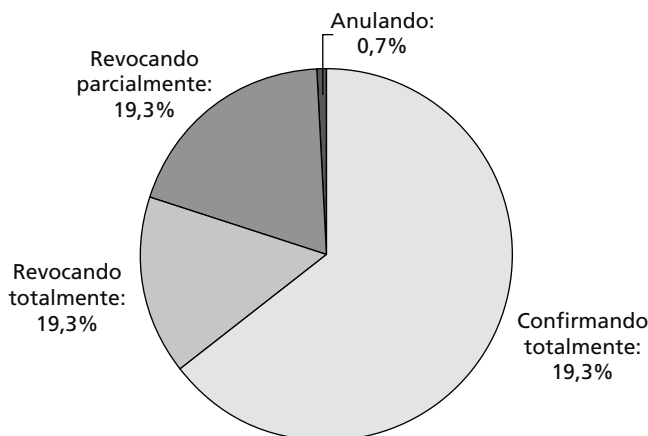
También resulta significativo consignar la duración media de las ejecuciones hipotecarias, como indicador clave para comprender que en muchas ocasiones el tiempo de respuesta en la fase declarativa no es suficiente para comprender la duración de un pleito en términos de satisfacción de la pretensión para el litigante que acude a los tribunales. El cuadro inferior muestra una importante demora en una de las ejecuciones tipo, la hipotecaria, precisamente caracterizada por la simplicidad de sus trámites procesales.



Duraciones medias estimadas de las ejecuciones hipotecarias terminadas en 2012

En resumen, todos los datos apuntan a que, si bien en España no existe un problema grave de retraso en la tramitación y resolución de los pleitos, no se ha logrado una mejora significativa de los tiempos de respuesta en los últimos años, a pesar de los esfuerzos presupuestarios

y normativos realizados. Ha de destacarse que el desempeño judicial ha sido notable en estos años de crisis pues el notable incremento del trabajo personal de jueces y magistrados ha logrado evitar el previsible colapso del sistema en el período de crisis.



**Recursos de apelación civiles devueltos
a los Juzgados de Primera Instancia
y Primera Instancia e Instrucción en 2012**

d) CONCLUSIONES

Como conclusiones de lo expuesto en este apartado se pueden extraer las siguientes:

- 1.^a En el sistema judicial español, los tiempos de respuesta judicial son peores en primera instancia que en vía de recurso, por lo que un posible esfuerzo de mejora habría de centrarse prevalentemente en la base del sistema judicial.
- 2.^a Los tiempos de respuesta tienden a permanecer constantes a lo largo del tiempo. La razón para ello, en mi opinión, radica en que la tasa de resolución tiende a uno.
- 3.^a Aun así, en comparación con nuestro entorno socio cultural, los tiempos de respuesta no son excesivos.

Por lo tanto, desde mi punto de vista, en estos momentos España no tiene un grave problema de lentitud del sistema judicial, aunque por supuesto, sería deseable una mejora de los tiempos de respuesta.

No obstante, como ya se ha expuesto, la obtención de mejores ratios en este campo exige varios tipos de medidas, algunas de las cuales sirve también para la mejora de algunos otros indicadores de calidad del sistema, entre ellos, la predictibilidad de las resoluciones judiciales. Entre esas medidas se podrían encontrar la posible creación de los Tribunales Provinciales de Instancia, la continuidad en la implantación efectiva de la Oficina Judicial y el establecimiento de unas normas de reparto provinciales.

2. *Falta de predictibilidad de las resoluciones judiciales*

a) LA IMPORTANCIA DEL FACTOR DE PREDICTIBILIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

Los indicadores «predictibilidad de las resoluciones» y «tasa de litigiosidad» están estrechamente vinculados, porque un sistema judicial en el que el resultado del pleito es previsible elimina del tablero a dos tipos de jugadores:

- a) En primer lugar, a quienes están interesados únicamente en demorar el cumplimiento de sus obligaciones. La combinación de respuesta judicial predecible y condena en costas, es, en este ámbito, un importante incentivo negativo para no acudir al pleito.
- b) En segundo lugar, se elimina a aquellos jugadores a los que no les importa asumir un cierto riesgo de un resultado desfavorable del pleito: si la respuesta judicial es altamente predecible no existe cálculo de probabilidades posible.

Así pues, **una mayor seguridad jurídica equivale a un menor número de pleitos**, además de que permite a los operadores jurídicos conformar su comportamiento en el mercado a pautas bien establecidas de interpretación de la norma. Por el contrario, la falta de predictibilidad es un problema grave en cualquier sistema jurídico, ya que introduce una enorme incertidumbre en los operadores en el mercado, aumentando los costes de transacción y abriendo las puertas al aventurerismo y al oportunismo empresariales.

b) ANÁLISIS DEL FACTOR «PREDICTIBILIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES» EN EL SISTEMA ESPAÑOL

En el caso español, la falta de seguridad jurídica derivada de una escasa predictibilidad de las resoluciones judiciales es una preocupación que los operadores jurídicos reiteran a lo largo del tiempo, y ello

porque los principales indicadores muestran que los avances en este campo han sido limitados.

El indicador tipo que se suele emplear para la medición de esta variable de predictibilidad es la tasa de confirmación de resoluciones en vía de recursos devolutivos (apelación, suplicación y casación); de esta forma, un porcentaje elevado de resoluciones revocadas indica un alto grado de dispersión en la respuesta judicial de la primera instancia, aunque según se asciende en la jerarquía de los órganos judiciales la respuesta judicial debería ir convergiendo progresivamente hasta unificarse en el Tribunal Supremo.

No obstante, la tasa de confirmación de resoluciones en vía de recurso ha perdido importancia en los últimos tiempos como indicador de la predictibilidad de las resoluciones judiciales, y ello a consecuencia de la progresiva introducción de límites para el acceso a los distintos recursos, sobre todo en relación a la cuantía del pleito. Por ejemplo, para el acceso a la casación en el orden contencioso administrativo se ha pasado de una *suma gravaminis* de 150.000 a 600.000 €, en la apelación se ha pasado de 18.000 a 30.000 € y en civil, se ha introducido un límite mínimo para la apelación de 3.000 €. Por eso el indicador «tasa de confirmación» puede ser insuficiente. Además, puede tener un cierto sesgo, ya que es posible que en las sentencias apelables o casacionables, el órgano jurisdiccional tienda más a acomodarse a la doctrina del órgano *ad quem* que en aquellas otras resoluciones que mueren en la instancia, respecto a las cuales el juez se ve más libre del control del órgano superior. Volveremos después sobre esta cuestión.

En cualquier caso, aun aplicando el parámetro «tasa de confirmación», los resultados no revelan una mejoría apreciable a lo largo del tiempo en cuanto a la predictibilidad de las resoluciones. En apelación o suplicación las resoluciones confirmadas fueron un 74,70% en 2007 y un 77,46% en 2012, una mejora de 2,76%, aunque por otro lado, ha aumentado el porcentaje de resoluciones casadas, que era un 10,99% en 2007 y de un 12,15 en 2012, aunque en este caso la serie histórica muestra una elevación súbita en 2012 de las sentencias revocatorias dictadas por el Tribunal Supremo, lo que indica que el dato podría deberse a factores coyunturales.

Si a ello añadimos que, como se ha expuesto, se ha incrementado el número de resoluciones no sometidas a escrutinio del órgano superior por la vía del recurso y que es precisamente ese tipo de resoluciones irrecurribles el que más se escapa a la tendencia homogeneizadora, llegaremos claramente a una conclusión: no se aprecia una mejora en los últimos años en cuanto a la predictibilidad de las resoluciones judiciales en la primera instancia.

En suma, al menos en los años que van de 2007 a 2013 no ha mejorado apreciablemente el problema de la falta de seguridad jurídica de la Justicia española.

c) LA CALIDAD DE LA RESPUESTA JUDICIAL

No es muy habitual que los operadores jurídicos realicen una crítica a la calidad media de las resoluciones judicialmente, al menos en el foro público, por lo que no considero que sea necesario habilitar fórmulas de mejora en este ámbito, sin perjuicio de que siempre deseable elevar el nivel técnico de las resoluciones judiciales.

No obstante, habría mecanismos de mejora como la extensión de la especialización personal de los jueces, compatible con el mantenimiento de plazas reservadas, que es el modelo actual, aunque el tema desborda el análisis de esta ponencia.

IV. Soluciones para incrementar la predictibilidad de las resoluciones judiciales

Incrementar la predictibilidad de las sentencias de los jueces no es fácil, entre otras razones porque, si se plantea equivocadamente, la apuesta por la homogeneización puede verse como una solución atentatoria contra la independencia. Por ello es necesario buscar fórmulas equilibradas.

Como ya hemos apuntado más arriba, en los sistemas continentales como el español, en los que prima un modelo jerarquizado de organización judicial, el modo habitual de corregir las es la vía del recurso devolutivo. Quizás por esa razón, hasta tiempos recientes no se ha sentido la necesidad de adoptar medidas para incrementar la predictibilidad de las resoluciones definitivas, ya que, como la mayoría eran recurribles, a largo plazo se acababa imponiendo el criterio superior y las respuestas judiciales terminaban convergiendo. Sin embargo, en la actualidad los recursos ya no cumplen adecuadamente esa función en numerosos campos, porque hay bastantes sentencias que quedan excluidas de cualquier posibilidad de unificación doctrinal por esa vía.

Por otro lado, nuestro sistema carece de sistemas de unificación *ex ante* eficaces. Casi todo se ha dejado en manos del recurso y este, como hemos visto, hoy ya no cumple su función como antaño.

Por ello, considero en este ámbito que las posibles mejoras deberían venir, sobre todo, del incremento de las fórmulas *ex ante*. A ello se va a dedicar gran parte de esta ponencia.

1. *La jurisprudencia como factor unificador: la posibilidad de una doctrina jurisprudencial vinculante*

Como es sabido, la aparición de la jurisprudencia en el apartado dedicado en el Código Civil a las fuentes del Derecho responde al reconocimiento de que la ley no es capaz de resolver todos los casos que demandan una solución jurídica; en otras palabras, el axioma de que el juez es la boca muda de la ley desconoce que la labor de aplicación judicial del Derecho exige siempre una labor interpretativa, incluso cuando ha de decidirse si la norma ha de aplicarse de acuerdo con el sentido propio de sus palabras o es necesario emplear algún otro parámetro exegético de los mencionados en el artículo 3 CC.

Históricamente, pues, la aparición de la jurisprudencia en el Código Civil trajo consigo el otorgamiento a los jueces y tribunales de la facultad de interpretar y, en su caso, integrar la ley. La labor judicial exige una argumentación jurídica y, en ella, una doctrina sobre la ley en la que, en definitiva, se funde el fallo. Para que tal doctrina sea fiel a la ley y no quede librada al arbitrio del juzgador causando inseguridad jurídica apareció el llamado recurso de casación, atribuido al Tribunal Supremo, y cuya finalidad esencial es asegurar la vinculación de los jueces y tribunales a la ley y, con ello alcanzar una interpretación y aplicación de aquélla uniforme.

Históricamente, el Tribunal Supremo interpretaba que entre los motivos que legalmente podían dar lugar a la casación se encontraba, además de la violación por la sentencia recurrida de alguna norma jurídica (la infracción de ley que contemplaba la LEC 1881), la violación de la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo. Sin embargo, el Código Civil excluía a la jurisprudencia del catálogo de fuentes del Derecho. A pesar de ello, la posibilidad de recurrir en casación al Tribunal Supremo, tan sólo porque la sentencia recurrida infringiera su doctrina, suponía atribuir a aquélla un cierto valor normativo. Ese es el valor que quiso otorgar a la jurisprudencia, ya explícitamente, la reforma del Título preliminar del Código Civil de 1974, al afirmar que «la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho» (art. 1.6 CC). De esta forma se justifica la afirmación del art. 1.6 CC de que dicha jurisprudencia del Tribunal Supremo complementa el ordenamiento jurídico, aunque no forme parte de él.

El tenor del art. 1.6 CC se inspiró en la propia interpretación de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre los motivos de casación en el

orden jurisdiccional civil, que encontró acogida en la reforma de 1984 del art. 1.692.5.º LEC, que sustituyó la expresión «doctrina legal» por la de jurisprudencia, indicando que el recurso de casación procedía por infracción de ésta, además de «por infracción de las normas del ordenamiento jurídico».

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 modificó sustancialmente los motivos y los presupuestos del recurso de casación, introduciendo cambios importantes en cuanto al valor de la jurisprudencia en nuestro Derecho; así, el artículo 477.1 LEC establecía que el único motivo en el que puede legalmente fundarse el recurso de casación en materia civil consistía en «la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso». No era ya posible, por tanto, que sin denunciar como infringida ninguna norma jurídica, sino tan sólo una determinada jurisprudencia del Tribunal Supremo, pueda éste estimar el recurso y casar o anular la sentencia recurrida. De este modo, la afirmación del art. 1.6 CC de que dicha jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico pierde la precisa significación jurídica que antes tenía, aunque sólo en el orden civil, no así en el contencioso administrativo.

En la LEC de 2000 la jurisprudencia adquirió significación jurídica, no como motivo impugnatorio, sino como requisito para que el Tribunal Supremo pueda entrar a conocer del recurso de casación, no por su objeto o la cuantía del asunto, sino porque «la resolución del recurso presente interés casacional» (art. 477.2 LECiv), lo que sucede «cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido». Para el primer caso, se mantienen sustancialmente los requisitos antes exigidos para que la infracción de jurisprudencia fuera motivo de casación, adaptándose los mismos al segundo (por todos, AATS 24 junio 2003 [RJ 2003, 480] y 25 septiembre 2007 [RJ 2007, 8249]).

Finalmente, la reforma del recurso de casación operada por la Ley 37/2011, de Medidas de Agilización Procesal, extiende la posibilidad de impugnación a aquellas sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en segunda instancia cuando «la resolución del recurso presente interés casacional», lo que se identifica, en palabras del propio Tribunal Supremo en el Acuerdo de 30 de diciembre de 2011, con la necesidad de unificación o fijación de la interpretación de la ley.

El Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial remitido a Consejo de Ministros del 4 de abril de 2014, seguía dotando a la Ju-

risprudencia del Tribunal Supremo del valor complementario del ordenamiento jurídico que le atribuye el apartado 6 del artículo 1 del Código Civil, lo que se traduce, como recuerda el Tribunal Constitucional (STC 37/2012, de 19 de marzo), en una vocación de ser observada por los Tribunales inferiores y en el establecimiento de la infracción de la jurisprudencia como motivo de casación en todos los órdenes jurisdiccionales.

Sin embargo, planteó dos importantes novedades. En primer lugar, se estableció verdadera fuerza vinculante para los Tribunales inferiores de aquella Jurisprudencia del Tribunal Supremo que pasase a considerarse doctrina jurisprudencial vinculante.

El Anteproyecto partía de la idea de que la certeza y la previsibilidad de un ordenamiento jurídico resultan elementos decisivos tanto desde el punto de vista de la actividad económica como desde la percepción que los ciudadanos tengan del mismo. Por ello, un sistema judicial en el que se produzcan pronunciamientos contradictorios o distintos ante situaciones fácticas iguales resulta un desincentivo para los operadores económicos de nuestro país, así como para la atracción de inversión extranjera. De igual forma, la percepción ciudadana de nuestro sistema judicial se encuentra en buena parte asociada al grado de seguridad jurídica que le ofrezcan los Tribunales.

Por ello, la jurisprudencia que se configure como doctrina jurisprudencial vinculante del Tribunal Supremo, además de la función complementadora del ordenamiento jurídico que tiene la jurisprudencia, puede asumir una función integradora o uniformadora del Derecho, similar a la que produce la doctrina legal fijada por el Tribunal Supremo a través del recurso de casación en interés de ley.

El establecimiento por el Tribunal Supremo de una doctrina jurisprudencial vinculante para Tribunales inferiores puede reforzar, en consecuencia, el principio de seguridad jurídica consagrado en el apartado 3 del artículo 9 de la Constitución y coadyuvar al objetivo de que la ley y el estatus jurídico del ciudadano sea igual en todo el territorio nacional (artículos 14 y 139.1 CE), garantizando el principio de unidad jurisdiccional.

Al mismo tiempo, esta concepción de la jurisprudencia vinculante permite dotar de contenido real a la supremacía del Tribunal Supremo en todos los órdenes jurisdiccionales, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, tal y como proclama el apartado 1 del artículo 123 de la Constitución.

Este era el razonamiento seguido por el Anteproyecto para dar un paso más allá en cuanto al valor de la jurisprudencia en nuestro Ordenamiento y otorgarle un carácter vinculante.

Sin embargo, distintos autores, y también la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, se oponen a otorgar valor vinculante a la jurisprudencia. Y las razones expuestas son muy variadas. Vamos a exponer las más frecuentemente invocadas.

a) CONFORME AL ARTÍCULO 117 CE, LOS JUECES Y MAGISTRADOS ÚNICAMENTE ESTÁN SUJETOS AL IMPERIO DE LA LEY

Se han publicado numerosos estudios en la doctrina española sobre la interpretación de lo que deba entenderse por esta expresión. No es este el momento de reproducir los argumentos de uno y otro lado. Simplemente, a los efectos de esta ponencia, han de bastar las siguientes consideraciones:

En primer lugar, es evidente que el concepto de ley que figura en el artículo 117 no puede interpretarse en un sentido estricto, es decir, como ley formal. Los jueces están vinculados también por las disposiciones de rango inferior a la ley, por la costumbre y por los principios generales del Derecho. Desde mi punto de vista, no es convincente el argumento que sostiene que la única sujeción del juez es a la ley formal y que no existe sujeción, por ejemplo, al reglamento, ya que este puede ser inaplicable (artículo 6 LOPJ). Aplicando ese mismo argumento, la ley formal tampoco vincularía al juez en todos los casos: el juez no estaría sujeto a la misma cuando es inconstitucional, pero tampoco cuando se opone al Derecho de la UE.

A ello habría que añadir que la vinculación del juez al imperio de la ley se formula de manera diferente en la CE y en la LOPJ: el artículo 1 de esta última, añade la sumisión del juez a la Constitución, mientras que en el artículo 117 CE se había precisado que la vinculación es «únicamente» al imperio de la ley, sin mencionar la Constitución. Por ello, aun considerando que el sentido de la expresión «ley» del mencionado precepto se refiriera a la «ley formal», sería posible otro tipo de vinculación, como la ya mencionada a la Constitución. ¿Por qué no permitir la vinculación a la jurisprudencia?

En un sentido similar, es evidente que el juez español está también vinculado por el Derecho de la UE, y también por la interpretación del mismo que hace el TJUE.

Esos argumentos me parecen suficientemente de peso como para no aceptar una interpretación del artículo 117 CE que limite la vinculación del juez a las leyes formales. Por el contrario, creo que es preferible una interpretación amplia del precepto, que lo identifique con la afirmación de la legitimidad democrática del poder judicial y excluya que el juez pueda someterse a criterios distintos del jurídico.

En realidad, tal y como había puesto de relieve en 1991 Pérez Luño¹³ la vinculación del juez a la ley se puede analizar desde un doble punto de vista: uno objetivo, constituido por la indagación de una serie de obligaciones impuestas al juez en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, y otro subjetivo, como «garante de la seguridad o certeza jurídica de los destinatarios de la normas al ser un requisito necesario para poder prever las consecuencias jurídicas de los comportamientos propios y ajenos»¹⁴. Desde esta perspectiva, la sumisión del juez al imperio de la ley está conectada en primer lugar, a la legitimación democrática del juez, al otorgamiento de una serie de garantías de independencia, sobre las que volveremos después, y al logro de la seguridad jurídica. Por ello, el artículo 117 CE no sólo no se opone a la existencia de una jurisprudencia vinculante del Tribunal Supremo, sino que milita en su favor, en tanto en cuanto supone un regla segura en la aplicación de la norma en aquellos casos en los que no basta una interpretación literal de la misma.

Por si lo anterior no fuera bastante, el Tribunal Constitucional ha venido a precisar que la cláusula de sumisión al imperio de la ley no puede interpretarse como una exclusiva vinculación a los productos legislativos formales. En concreto, la STC 133/1995, de 25 de septiembre, FJ 5) nos dice lo siguiente:

la independencia judicial de cualquier presión o influencia externa tiene como anverso el sometimiento exclusivo de los Jueces a la Ley y al Derecho, principio de juridicidad, más allá del de legalidad, que implica el respeto no sólo a las normas sino también a los usos y costumbres, a los principios generales del Derecho y a la doctrina legal del Tribunal Supremo con valor complementario del ordenamiento jurídico.

Si tenemos en cuenta que cualquier fuente del Derecho ha de ser interpretada antes de ser aplicada, aunque sólo sea para decidir si su mera expresión gramatical es suficientemente expresiva de su contenido, no se alcanza a ver, en mi opinión, porqué esa interpretación de la ley no puede venir ya dada al juez en una forma vinculante en determinados casos.

En resumen de lo expuesto, la cláusula de sumisión del juez al imperio de la ley como expresión de la voluntad popular, como se expresa literalmente en el Preámbulo de la CE, no trata de pautar los modos de

¹³ Pérez Luño, *La seguridad Jurídica*, Ariel, 1991, págs. 21 y 22.

¹⁴ Ezquiaga Ganuzas, «Función legislativa y Función Judicial», en Malem, J., Orozco, J. y Vázquez, R, *La Función Judicial; Ética y democracia*, ed. GEDISA, Barcelona, 2003.

actuación del juez, sino expresa la regla de su legitimación, una legitimación democrática. Una de las funciones de esa sumisión es, en particular, la de garantizar la seguridad jurídica de los destinatarios de la norma.

b) VULNERA LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

Sobre el concepto de independencia judicial en nuestro Ordenamiento es necesario tener en cuenta la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de marzo de 2012, en la que puede leerse lo que sigue:

4. La independencia del poder judicial, que se predica de todos y cada uno de los jueces y magistrados en cuanto ejercen la función jurisdiccional, implica que, en el ejercicio de esta función, están sujetos única y exclusivamente al imperio de la ley, lo que significa que no están ligados a órdenes, instrucciones o indicaciones de ningún otro poder público, singularmente del legislativo y del ejecutivo. E incluso que los órganos judiciales de grado inferior no están necesariamente vinculados por la doctrina de los Tribunales superiores en grado, ni aun siquiera por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con la excepción, de la que seguidamente nos ocuparemos, de la doctrina sentada en los recursos de casación en interés de ley; todo ello sin perjuicio de hacer notar que toda jurisprudencia del Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE), complementa el ordenamiento jurídico, conforme señala el art. 1.6 del Código civil, y tiene, por ello, vocación de ser observada por los Jueces y Tribunales inferiores, en los términos que después se expresan, a lo que ha de añadirse que la infracción de la jurisprudencia constituye motivo de casación en todos los órdenes jurisdiccionales.

(...) Y es que, en efecto, como bien advirtieron ya los constituyentes de Cádiz, la independencia es atributo consustancial a la función de juzgar, en cuanto implica que Jueces y Tribunales no están subordinados en el ejercicio de su función jurisdiccional a ningún otro poder público, sino sometidos única y exclusivamente «al imperio de la ley», esto es, sujetos al Derecho. Ello significa que, a diferencia de lo que acontece con los poderes legislativo y ejecutivo, que disponen legítimamente de un amplio margen (siempre dentro del ordenamiento jurídico, como advierte el art. 9.1 CE) para adoptar de manera discrecional decisiones políticas, los Jueces y Tribunales integrantes del poder judicial no pueden ejercer su función jurisdiccional con discrecionalidad política ni según su libre albedrío, sino que han de juzgar sometidos al imperio de la ley, con sujeción al sistema de fuentes establecido.

Por eso la legitimación democrática del poder judicial deriva directamente de la Constitución, que configura a la justicia como inde-

pendiente, sometida únicamente al Derecho y no a opciones políticas. Es más, si en un Estado no existe un poder judicial independiente (independencia que se predica de todos y cada uno de los jueces y magistrados integrantes del poder judicial) entonces lo que no hay es Estado de Derecho, pieza esencial, como es sabido, de un Estado auténticamente constitucional.

Es decir, a nivel de principios la independencia de los jueces y magistrados viene a suponer que los órganos judiciales de grado inferior no están necesariamente vinculados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien se establece en la sentencia como excepción la doctrina sentada en los recursos de casación en interés de ley, ya que en éste, como determina el artículo 100.6 LJCA, la sentencia que se dicte en esos recursos «vinculará a todos los jueces y tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional». Ya tenemos, por tanto, un caso, en el que existe auténtica vinculación a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Será necesario, por tanto, comprobar si esa naturaleza vinculante de tales sentencias puede ser extendida a otros supuestos.

Para ello es necesario analizar las razones que llevan al Tribunal Constitucional a admitir en el caso analizado la eficacia vinculante de ese tipo de resoluciones del Tribunal Supremo. La sentencia dice así:

Sin embargo, no por esa vinculación queda abolida o cercenada en tales supuestos la independencia judicial de los órganos judiciales inferiores en grado. [...]. Recuérdese, por otra parte, el carácter excepcional del recurso de casación en interés de ley, tanto por la limitación de los legitimados para su interposición, como por su finalidad específica: corregir las sentencias de los Tribunales inferiores que se estiman «gravemente dañosas y erróneas», de manera que el Tribunal Supremo pueda fijar, en su caso, una doctrina legal correctora y vinculante, pero respetando la situación jurídica particular derivada de la sentencia impugnada (STC 111/1992, FJ 4).

A lo anterior cabe añadir que los Jueces o Tribunales de grado inferior no vienen compelidos sin más remedio y en todo caso a resolver el litigio sometido a su jurisdicción ateniéndose al contenido del precepto legal aplicable que resulta de esa interpretación vinculante del Tribunal Supremo, si estiman que esa interpretación dota al precepto legal de un contenido normativo que pudiera ser contrario a la Constitución. En efecto, también la independencia judicial queda reforzada mediante la cuestión de inconstitucionalidad que el órgano judicial inferior en grado siempre podrá plantear ante el Tribunal Constitucional (art. 163 CE, arts. 35 y 36 LOTC y art. 5.2 LOPJ) respecto de ese precepto legal cuyo contenido normativo ha sido concretado de manera vinculante para ese órgano judicial por una sentencia del Tribunal Supremo en interés de ley, por imperativo de lo

dispuesto por el legislador en el art. 100.7 LJCA. (...) Efectivamente, el órgano judicial inferior en grado del orden jurisdiccional contencioso-administrativo puede promover en este supuesto cuestión de inconstitucionalidad, pero no para cuestionar la interpretación sentada en interés de ley por el Tribunal Supremo (aunque en el Auto de planteamiento así se dijese en el presente caso, sin mucha precisión), pues lo que en realidad se está cuestionando por el órgano judicial es la ley misma, esto es, el precepto legal aplicable para resolver el litigio sometido a su conocimiento, con el contenido vinculante que para todos los órganos judiciales inferiores en grado, conforme a lo dispuesto en el art. 100.7 LJCA, ha sido determinado por el Tribunal Supremo en sentencia dictada en recurso de casación en interés de ley, interpretación que así se incorpora al precepto mismo.

Así pues, las circunstancias que permiten que una sentencia dictada por el Tribunal Supremo vincule a todos los órganos inferiores en grado serían las siguientes:

- 1.^a Que la legitimación para la interposición del recurso esté restringida. En el caso del interés de ley, el recurso solo puede ser interpuesto por Administraciones territoriales que tengan interés legítimo en el asunto, Entidades y Corporaciones que ostenten la defensa de intereses carácter general o corporativo y tuvieran interés legítimo, el Ministerio Fiscal y la Administración General del Estado. Desde esa perspectiva y teniendo en cuenta que lo que exige el TC es que se restrinja la legitimación, bastaría con que fuera el Tribunal Supremo el que afirmara el carácter vinculante de una doctrina propia al hilo de un pleito concreto, es decir, en ejercicio pleno de su potestad jurisdiccional. Es decir, si resulta posible que sea la Administración la que inste una declaración judicial vinculante para todos los órganos jurisdiccionales del orden correspondiente, ¿cómo no aceptar que sea el propio Tribunal Supremo el que, de oficio, declare esa vinculatoriedad en un caso concreto?
- 2.^a Que la finalidad pretendida sea la de corregir las sentencias de los Tribunales inferiores que se estiman «gravemente dañosas y erróneas», de manera que el Tribunal Supremo pueda fijar, en su caso, una doctrina legal correctora y vinculante, pero respetando la situación jurídica particular derivada de la sentencia impugnada. El objetivo de respetar la situación jurídica se cumple de suyo cuando la declaración de vinculatoriedad se efectúa en relación con los pronunciamientos del caso concreto. Por otro lado, para extender el carácter vinculante a otro tipo de sentencias del Tribunal Supremo, distintas de las dictadas en

interés de ley, habría que acotar los supuestos en los que ha de considerarse la resolución recurrida como «dañosa y errónea».

- 3.^a Que sea posible la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el precepto legal interpretado por el Tribunal Supremo. Esta posibilidad cabría en las mismas condiciones que en el recurso de casación en interés de ley.

Por lo tanto, cumplidas las exigencias impuestas por el Tribunal Constitucional para la atribución de carácter vinculante a las sentencias del Supremo, la generalización de dicho carácter se incardina dentro del ejercicio legítimo de las facultades del legislador, y no puede considerarse lesivo para la independencia judicial.

En este sentido, no me resisto a transcribir la opinión formulada por Ignacio de Otto hace más de 25 años, en relación a la presunta oposición entre vinculación a la jurisprudencia e independencia judicial:

(...) tras esa argumentación se esconde una errónea concepción que ve en el juez cuya independencia se garantiza una persona física y no el titular de una función en el interior de la estructura judicial. Si la independencia y sumisión a la ley exclusivamente se predicen del juez como persona la consecuencia, manifiestamente inquietante, es que el juez está vinculado a la ley tal como ésta resulte ser en su opinión [...]. El que la función jurisdiccional se atribuya a una pluralidad de jueces no es en absoluto requisito o exigencia de la función misma, sino algo debido a razones puramente prácticas y cuyos efectos perniciosos sobre la seguridad jurídica, sobre la igualdad y sobre la unidad del Derecho quieren corregirse mediante la organización en grados que permite la revisión y unificación y de este modo aproxima el sistema de jurisdicción dispersa al sistema de juez único. Afirmar que la independencia del juez le desvincula de la jurisprudencia, de la doctrina del tribunal en que ultima esa organización, significaría negar toda posibilidad de conducir a la unidad la Justicia dispersa y convertir la dispersión misma en un valor. Inutilizando la garantía que para el ciudadano supone la estructura en instancias o grados¹⁵.

2. La cuestión prejudicial previa

En segundo lugar, parece lógico establecer, si se introduce un sistema de doctrina jurisprudencial vinculante, algún mecanismo que otorgue a los órganos judiciales inferiores en grado la posibilidad de cuestionar los resultados de ese carácter prescriptivo de la doctrina del

¹⁵ De Otto, I., *Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes*, Ariel, 1987, pág. 301.

Tribunal Supremo. En síntesis, conviene prever la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, los Tribunales inferiores no resulten obligados indefectiblemente a aplicar la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este sentido resultaría útil un sistema de prejudicialidad conforme al cual el órgano inferior puede plantear al Tribunal Supremo una cuestión jurisprudencial previa por considerar que la jurisprudencia dictada por el máximo órgano judicial se encuentra en alguno de estos tres casos:

- a) produce una injusticia manifiesta,
- b) contradice la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales o
- c) resulta contradictoria.

Para la eficacia del sistema sería necesario que concurrieran tres circunstancias:

- 1.^a Que el juez que plantee la cuestión pueda suspender los autos hasta la resolución del pleito; en este sentido, al igual que sucede en la cuestión prejudicial ante el TJUE lo conveniente sería que el momento de plantear la cuestión al TS fuera en el momento inmediatamente anterior a que el pleito quede concluso.
- 2.^a Que en sede del Tribunal Supremo se articulara un procedimiento sumario y preferente para que la cuestión se resuelva en un plazo breve.
- 3.^a Que la resolución de la cuestión tenga efectos vinculantes en el pleito.

3. *Los Tribunales Provinciales de Instancia*

La idea de la introducción de Tribunales de Instancia con ámbito superior al partido judicial se ha planteado en ocasiones anteriores, si bien el Anteproyecto de 2014 le da un alcance más amplio que las propuestas previas.

Así, el Informe de la Comisión sobre Demarcación y Planta presentado en el año 2009 que se pronunciaba en los siguientes términos:

Los integrantes de esta Comisión hemos decidido afrontar este reto con la convicción de que hay sobradas razones para ello. La estructura fijada en la Ley de 1988 ya no responde a nuestra realidad social ni a la actual configuración de nuestra administración de justicia. La reforma de la planta y demarcación resulta, pues, inaplazable.

La población en España ha crecido, se ha redistribuido y ha modificado las magnitudes de actividad sociodemográfica. El país no alcanzaba los 39 millones de habitantes en 1988; hoy supera los 46 millones, un 15% más. Los flujos migratorios internos y externos han concentrado la población en la capital y en las zonas de la costa mediterránea al tiempo que las áreas del centro peninsular se han ido despoblando. Paralelamente, la cultura jurídica de nuestra sociedad ha cambiado y, como resultado, la litigiosidad se ha incrementado de forma exponencial [...].

A pesar de las bondades de la Ley de 1988, la opinión generalizada es que el sistema vigente ha agotado todas sus virtualidades. El descontento de los profesionales del ámbito de la justicia con la configuración actual de la planta y demarcación es generalizado. Los datos estadísticos acreditan el diagnóstico desfavorable. La constante creación en los últimos años de nuevas unidades judiciales no ha servido para disminuir el volumen de asuntos pendientes ante los tribunales. La creación de más de 700 unidades judiciales entre 2001 y 2009 no ha impedido el incremento porcentual anual de la pendencia de asuntos, que en 2008 alcanzó el 15,80% interanual. En términos generales, la tasa de crecimiento anual promedio (2002-2008) de la pendencia (4.95) ha sido el doble de la de creación de nuevos órganos (2.70). El problema no se circunscribe sólo, por tanto, a la dotación de medios sino también a la inadecuación de la organización judicial a los nuevos tiempos y realidades. Ha llegado el momento de reorientar el proceso y abordar un cambio de modelo. La administración de justicia se encuentra inmersa en la actualidad en un proceso de transformación que sólo puede alcanzar su objetivo modernizador si se aborda de manera global y coherente. Las nuevas tecnologías permiten un funcionamiento más ágil de todos los servicios administrativos e imponen modelos más eficientes de organización. El paradigma de unidades aisladas y autosuficientes está siendo sustituido por el trabajo en red y la interoperabilidad. La reciente reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial supone un cambio estructural que pretende ajustarse a este nuevo modelo organizativo. No puede ser un paso aislado.

En el año 2011 se elaboró un Proyecto de Ley Orgánica por la que se modificaba la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial para la creación de los Tribunales Provinciales de Instancia. Su Exposición de Motivos afirmaba lo siguiente:

Nuestra Administración de Justicia debe contar con una estructura organizativa capaz de ofrecer una respuesta judicial más ágil, próxima y eficaz a las demandas de la ciudadanía. Su diseño y su demarcación territorial básica fueron pensados con ese objetivo hace más de cien años, en respuesta a las necesidades de una sociedad esencialmente

agraria, dispersa, poco comunicada y con grandes limitaciones de movilidad. Una imagen que nada tiene que ver con la sociedad española de hoy. Por ello, resulta necesario adecuar la estructura de la Administración de Justicia a esta nueva situación.

El Consejo General del Poder Judicial, en las conclusiones del Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modificaba la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la creación de los Tribunales de Instancia, de febrero de 2011, acogió favorablemente la propuesta, señalando expresamente lo siguiente:

Además de la mejora del gobierno interno de los Juzgados con respecto al actual sistema de los Jueces Decanos, los TTII (Tribunales de instancia) facilitan, entre otros, la consecución de dos objetivos fundamentales: 1. la creación de plazas de jueces y magistrados, en vez de Juzgados, con la consiguiente optimización del presupuesto; y 2. la consiguiente disminución progresiva de la denominada «Justicia interina», es decir, de los jueces y magistrados sustitutos y suplentes en el primer nivel procesal.

Ambos objetivos son irrenunciables para el Consejo General del Poder Judicial, y son una reclamación histórica de la Carrera Judicial. Su finalidad no es solo reducir la exagerada carga de trabajo de muchos jueces y magistrados titulares de órganos unipersonales, sino también, conseguir acortar el tiempo de resolución de los asuntos.

Por último, y como antecedentes directos del Anteproyecto de 2014, mediante Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012 se creó una Comisión Institucional de expertos a la que se encargó la realización de una propuesta normativa que sirviese de base para la elaboración del nuevo texto legal. En el borrador de texto presentado la necesidad de establecer una nueva organización judicial, proponiendo la creación de Tribunales Provinciales de Instancia como primer escalón del sistema judicial en todos los órdenes jurisdiccionales, fomentando la especialización y buscando fórmulas para un mejor reparto de la carga de trabajo entre los distintos órganos judiciales que permita reducir tiempos.

Así, en la Exposición de Motivos se dice expresamente:

La Comisión, sin embargo, ha sido plenamente consciente de que la creación de un Tribunal de Instancia de estas características debe vencer dos dificultades nada desdeñables. La primera dificultad es política: los partidos judiciales cuentan con valedores firmes e influyentes, a comenzar por los propios municipios. Además, la noción de Jueces de Primera Instancia e Instrucción esparcidos a lo largo de todo el territorio nacional está muy arraigada en el imaginario colectivo, por lo que es previsible una notable resistencia al

cambio. A este respecto conviene ser muy claros: los partidos judiciales tenían sentido en una época —como era el siglo XIX, cuando se pusieron las bases de la moderna Administración de Justicia— en que los transportes y las comunicaciones eran difíciles y, por consiguiente, convenía una presencia territorial difusa de la judicatura. Es obvio que este presupuesto dejó de existir hace tiempo. Es más: cuando se oyen voces autorizadas solicitando una notable reducción del número de entidades locales, precisamente con la finalidad de ganar en rigor administrativo y eficiencia económica, no tiene sentido la perpetuación de una circunscripción judicial de corte netamente decimonónico. Es importante destacar, además, que el proceso de provincialización se inició en realidad hace tiempo, como lo demuestra, por ejemplo, la experiencia de los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social, de la Fiscalía o de los Médicos Forenses.

Y ya al hilo de dicha reforma de la LOPJ, se han manifestado a favor de un modelo de Tribunales de Instancia, los jueces decanos, los presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia y el Tribunal Supremo, en su crítico informe al APLOJ, no cuestiona el modelo, aunque tampoco lo valore favorablemente.

Algunos autores también lo han defendido, aunque hayan manifestado sus reparos respecto a la forma en que aparecen concebidos en el APLOJ.

Considero que el Tribunal de Instancia debería abarcar todos los órdenes jurisdiccionales; y no sólo el civil y el penal. Y ha de preverse, además, que la circunscripción del Tribunal de Instancia sea esencialmente provincial, con alguna posible excepción. Habría que eliminar toda rigidez en el modelo, de forma que pudieran existir Tribunales que abarquen varios partidos cuando por determinadas circunstancias (población, distancia, etc) no resulte conveniente una completa concentración de todos los órganos judiciales en la capital de la provincia. Con ello se obtendrían gran parte de las ventajas que la provincialización de la Administración de Justicia traería consigo. Una fórmula posible sería la de implantar, al menos de momento, Tribunales de Instancia infraprovinciales en todas aquellas sedes en las que ya existan los cuatro órdenes jurisdiccionales, en los que además coincide que hay sede desplazada de la Audiencia Provincial respectiva (Cartagena, Gijón, Jerez, Elche, Mérida, Santiago de Compostela, Ferrol).

La idea subyacente, por tanto, sería que, como regla general, en cada provincia exista un único órgano judicial de primer grado para todos los órdenes jurisdiccionales, a salvo los casos en los que subsistan

otras sedes. Ello tendría las siguientes ventajas, que la propia Comisión de Expertos expuso:

- Ganar flexibilidad y maximizar los recursos existentes.
- Facilitar las sustituciones de Jueces dentro del mismo Tribunal y reasignar efectivos dentro del mismo órgano judicial para hacer frente a necesidades cambiantes del servicio público de la Justicia.
- Mayor seguridad jurídica como consecuencia de un aumento de la predictibilidad de las resoluciones, que serán tendencialmente homogéneas en toda la provincia.
- La configuración del Tribunal provincial de Instancia también permitiría, en otro orden de cosas, la socialización interna del Juez que acaba de salir de la Escuela.
- Este sistema de organización judicial probablemente redundaría también una mayor calidad en las resoluciones en la primera instancia al permitir una mayor especialización dentro del Tribunal.
- Finalmente, el establecimiento de la nueva estructura organizativa del Tribunal de Instancia permite que la creación de plazas judiciales no exija dotar presupuestariamente toda la estructura actual de un juzgado.

4. El establecimiento de unas normas de reparto a nivel provincial

El establecimiento de Tribunales de Instancia, ya sean provinciales ya tengan una demarcación inferior a la provincia, exige necesariamente la desaparición del partido judicial. Y es evidente que ello tiene inconvenientes. Por citar los más frecuentemente alegados, el modelo supondría alejar la Justicia del ciudadano, el traslado de sedes supondría cierto impacto económico para los municipios afectados, además de una pérdida de visibilidad de aquellos que tienen en la actualidad la cabecera de partido. No se ocultan además los problemas políticos que tendría una medida de ese tipo.

Por ello, se han sugerido soluciones intermedias entre la concentración orgánica de jueces y magistrados en un solo tribunal y el mantenimiento de la situación actual, en la que existe una evidente dispersión de medios personales y materiales.

Una de esas soluciones intermedias sería el establecimiento de normas de reparto provinciales que habrían de basarse en criterios objetivos que permitan un reparto equitativo de las cargas de trabajo entre

los órganos judiciales, teniendo en cuenta la desigual entrada de asuntos y su relación con el ámbito territorial de que se trate.

Así pues, dichas normas de reparto podrían atenerse a los siguientes criterios, que planteo únicamente como sugerencia:

- A los órganos judiciales de un partido judicial le serán atribuidos los asuntos correspondientes a su ámbito territorial.
- Si, una vez aplicado el criterio anterior, existiese una desigual carga de trabajo entre los órganos judiciales de los distintos partidos judiciales de la provincia, el exceso de unos, siempre que fuese posible, será repartido preferentemente entre los más cercanos que tengan menos carga de trabajo.
- Cuando se trate de Juzgados o Secciones especializadas, se turnarán a éstos los asuntos relativos a las materias correspondientes con carácter excluyente, pero no impedirá la atribución a las mismas del conocimiento de asuntos ordinarios de la correspondiente Sala atendiendo a la distribución de la carga de trabajo en ésta.

No obstante, hay que reconocer que no es fácil implantar un sistema de normas de reparto supra partido. Existe una cierta contradicción entre la pervivencia del partido como ámbito geográfico de competencia del juez y la posibilidad de que determinados asuntos sean competencia de un órgano situado en otro ámbito geográfico. En cualquier caso, no es imposible si se configura legalmente esa posibilidad, como sucede con las prórrogas de jurisdicción o la existencia de juzgados que extienden su competencia a varios partidos judiciales (art. 87.2 LOPJ) o incluso, en el ámbito de lo contencioso administrativo, a varias provincias.

5. *La reforma del recurso de casación: el interés casacional como criterio de admisión*

El recurso de casación es un mecanismo de homogeneización de la respuesta judicial tanto *ex ante*, es decir, mediante la creación de una jurisprudencia con el mayor alto grado de vinculación posible, como *ex post*, ampliando los casos en los que las resoluciones judiciales pueden llegar al Alto Tribunal. El primer aspecto ya lo hemos considerado. Vamos ahora a centrarnos en el recurso de casación.

Si bien conceptualmente la función casacional del Tribunal Supremo tenía un carácter nomofiláctico y depurador del Ordenamiento (así se instituyó en el siglo xix), progresivamente se ha ido configurando

como una instancia de cognición limitada y de admisión circunscrita a determinados casos. Esa función se ha de mantener, pero hay que ser consciente de que ese carácter limitado de la admisión restringe la posibilidad de intervención del Tribunal Supremo, y con ello, la posibilidad de creación de jurisprudencia en muchos ámbitos.

Por ello considero que es importante el reforzamiento del recurso de casación como instrumento clave para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho. Dicho reforzamiento se ha de basar en abrir esta vía de impugnación a cualquier resolución de los Tribunales inferiores, de manera que no existan sectores del ordenamiento jurídico excluidos a priori del control de legalidad y de la consiguiente unificación de criterios interpretativos que corresponden al Tribunal Supremo. Para ello, es obvio, resulta necesario indicar los casos en que objetivamente existe un interés para abrir el recurso de casación.

Ello no debe suponer, a mi juicio, que la función del Tribunal Supremo quede reducida a la unificación de criterios interpretativos, sino que, para el correcto funcionamiento de nuestro ordenamiento jurídico, debe seguir ejerciendo el control casacional en supuestos de admisión reglada por materia o por cuantía. Como afirmaba la Exposición de Motivos del Anteproyecto

Limitar el papel del Tribunal Supremo al conocimiento de asuntos admitidos discrecionalmente debilitaría enormemente su capacidad de influir en el resto de los órganos judiciales, sencillamente porque la jurisprudencia no se construye siempre mediante sentencias aisladas y puntuales, sino recordando y afinando constantemente el criterio a seguir ante cada problema relevante; y ello, como es obvio, sólo puede llevarse a cabo si determinada clase de asuntos tienen, en todo caso, legalmente garantizado el acceso a la casación.

6. Vinculación al precedente

Recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, se podría reforzar la vinculación de los tribunales a sus propias decisiones, sobre la base del principio de igualdad. El apartamiento inmotivado del precedente no sólo supone una vulneración del principio de igualdad y de la seguridad jurídica, sino también de la tutela judicial efectiva. Ello permite su apreciación en el incidente de nulidad de actuaciones. En cualquier caso, es un poderoso instrumento para garantizar la predictibilidad de las resoluciones judiciales.

7. El establecimiento de Plenos jurisdiccionales vinculantes

Los plenos jurisdiccionales ya existen (artículo 264 LOPJ), pero se trataría de dar carácter vinculante, salvo excepciones, a los criterios sentados en los mismos.

De esta forma, en los casos en que los Magistrados de una Sala de la Audiencia Nacional, Tribunal Superior de Justicia o Audiencia Nacional sostuvieren en sus resoluciones diversidad de criterios interpretativos en la aplicación de la ley en asuntos sustancialmente iguales, podrá el Presidente de la Sala respectiva, por sí o a petición mayoritaria de sus miembros, convocar Pleno jurisdiccional para que conozca de uno o varios de dichos asuntos al objeto de unificar el criterio.

Los Magistrados deberían aplicar la ley conforme a la interpretación que resulte de la resolución o resoluciones dictadas por el Pleno jurisdiccional de su respectiva Sala, salvo que sean revocadas en virtud de recurso o entren en manifiesta contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Lampedusa en el CGPJ: la nueva reforma y el Consejo de siempre¹

Diego Íñiguez Hernández
Magistrado. Doctor en Derecho

I. El Consejo de 2013 como manifestación del *tancredismo* político

Un artículo de la Wikipedia resume en la conocida cita de *El Gato-pardo* —«si queremos que todo siga como está, necesitamos que todo cambie»— lo que en Italia suele llamarse *tancredismo* político, una actitud con dos vertientes: la de los habitantes de Sicilia, que se han adaptado a los sucesivos regímenes impuestos por la Historia sin cambiar sustancialmente su organización social; y la de la aristocracia —o la oligarquía— de la isla, que ha logrado conservar su riqueza, su poder y su influencia acomodándose a las sucesivas invasiones y revoluciones. Atribuido al pobre Lampedusa, que se limita a explicarlo en su libro delicioso, supone una transformación política aparentemente revolucionaria, pero que en la realidad sólo altera «la parte superficial de las estructuras de poder, conservando intencionadamente el elemento esencial de estas estructuras»².

No hay mejor modo de describir la realidad del nuevo modelo del Consejo General del Poder Judicial, regulado por la LO 4/2013, de 28 de junio, y aplicado por primera vez en la renovación del órgano de diciembre de 2013. En palabras su presidente: «este Consejo no es distinto del que surgió en 1985»³.

Que la reforma de 2013 no iba a hacer este modelo de Consejo más eficaz que los anteriores viene diciéndose desde la promulgación

¹ El presente texto parte de la ponencia sobre el Consejo General del Poder Judicial presentada en el XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, celebrado en Salamanca los días 3 y 4 de abril de 2014.

² Wikipedia.

³ Entrevista a Carlos Lesmes.

de la nueva reforma. El nuevo es una versión menos plural, intensamente presidencialista, dudosamente colegial y por ello seguramente inconstitucional, del mismo Consejo de siempre. Es dudoso, en consecuencia, que vaya a ser más eficaz que el anterior en sus funciones constitucionales: gestionar el régimen de nombramientos, ascensos y disciplina de los jueces y magistrados, para apartarlo del ámbito de influencia del Gobierno y proteger así la independencia interna de aquellos; defender también la independencia de aquellos frente a amenazas o presiones externas; y difundir una «cultura de la independencia judicial» (Pizzorusso), no sólo entre los titulares del poder jurisdiccional.

Seguramente, esto no causará pesar a sus impulsores, que con esa reforma perseguían, probablemente, otros fines más cercanos a la realidad de la política. A fin de cuentas, el conflicto del poder político con la jurisdicción no es una novedad: «¿quién no preferiría vivir sin controles? Que, en la lucha por el poder, la política intente cambiar la regulación para que decidan otros jueces» más cercanos o benevolentes, «o para que los que lo hagan tengan menos poderes, es una estrategia» con precedentes nacionales y comparados⁴.

Entre estos, el momento español trae más a la memoria el final de la Primera República italiana que el conflicto estructural entre los poderes que caracteriza a las democracias más asentadas. Es pronto para apostar cuál de los dos procesos opuestos que lo caracterizan prevalecerá: el que investiga, de manera necesariamente asistemática, una corrupción cuyo volumen desvelado crece cuantitativa y cualitativamente de modo vertiginoso; y el que procura obstaculizar esas investigaciones y caracterizar sus revelaciones como episódicas, para contener la deslegitimación de un sistema político que parece cada vez más inspirado en los *barones-bandidos* de los libertarios norteamericanos⁵ —tan voraces en este caso que hubieran abusado de su poder de exacción hasta poner en peligro la supervivencia de su propia fuente de ingresos—.

En este contexto, es pronto para concluir si la reforma del gobierno judicial de 2013 y su primera aplicación han sido una reacción autóctona, una respuesta «normalizadora» a las manifestaciones de malestar judicial que empezaron a manifestarse en España a partir del año 2007; o si se trata de un episodio nacional dentro del proceso de reducción de derechos que caracteriza la reacción iniciada con la Revolución Con-

⁴ Sacksofsky, 711.

⁵ Nozick.

servadora, que está teniendo su culminación y su fiesta en los ya siete años de vacas flacas desde el inicio de la última gran crisis económica⁶.

II. Los fines constitucionales del Consejo

La Constitución de 1978 introdujo el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) para cambiar el sistema tradicional de gobierno del poder judicial, mediante la importación de un órgano que había tenido un éxito razonable en Italia bajo la Constitución republicana de 1947⁷. Configurado como un órgano de gobierno autónomo, el CGPJ debía servir para garantizar la independencia de cada juez o tribunal en sus funciones jurisdiccionales. Y, junto con unas asociaciones judiciales específicamente configuradas, facilitar un cierto margen de participación en la política judicial y la difusión de una cultura de la independencia.

Su objetivo era, en palabras del Tribunal Constitucional, «apartar al Gobierno de algunas de las funciones que más pueden servirle para tratar de influir sobre los Tribunales. De un lado, razonaba aquel en una sentencia muy citada, «el posible favorecimiento de algunos jueces por medio de nombramientos y ascensos; de otra parte, las eventuales molestias y perjuicios que podrían sufrir con las inspecciones y la imposición de sanciones. La finalidad [...] es, pues, privar al Gobierno de esas funciones y transferirlas a un órgano autónomo y separado»⁸.

El CGPJ debía respaldar la independencia de los jueces frente a intromisiones o ataques concretos y ayudar a crear condiciones favorables, por medio de sus competencias de informe en el proceso legislativo y su participación en la política judicial. Fue una decisión razonable —«aunque no necesaria»⁹— para modificar el sistema tradicional de control profesional e ideológico de los integrantes del poder judicial: un órgano constitucional debía reforzar su independencia simbólica y efectivamente, al actuar sobre el modelo orgánico que enmarca, condiciona y prejuzga inevitablemente el trabajo de los jueces¹⁰. Se apoyaba también en razones teóricas basadas en la idea de la separación de los

⁶ En los días en que se escriben estas líneas se debate en un Congreso con mayoría absoluta del grupo que la respalda una reducción del ejercicio de los derechos de manifestación y protesta públicas que no hubiera soñado aquel ministro del Interior que descalificaba desde el banco azul al magistrado que había interpuesto una cuestión de inconstitucionalidad contra la misma ley orgánica.

⁷ Ferrajoli, 588 s.; Pizzorusso (1996), 149.

⁸ STC 108/1986.

⁹ STC 108/1986.

¹⁰ Andrés y Movilla, 90.

poderes: desvinculado del Ministerio de Justicia, un órgano como el Consejo debía mantener más fácilmente la independencia.

Pero con el órgano no se importaron algunos de los elementos que explican su razonable éxito en Italia¹¹. Y sobre su actividad real han pesado la historia y la cultura políticas: una historia de dependencia del Poder judicial respecto del ejecutivo; y una cultura política de baja calidad democrática, con una concepción del poder cualitativamente poco liberal, a la que resulta muy ajena la idea de la (auto)limitación del poder y que ha prendido con sorprendente madurez en el sistema de partidos y en la nueva articulación territorial del poder¹². Quizá también un cierto exceso de optimismo constituyente: la fe en que podía lograrse un fin tan difícil y complejo con la mera creación de un órgano, estructurado al fin como los viejos consejos del Antiguo Régimen.

III. Y su triste realidad: la valoración empírica de la eficacia del CGPJ

Desde su origen, el Consejo ha conocido modelos sucesivos de designación de sus integrantes, puesta en marcha y articulación interna: tres, cuatro o cinco, en función de la relevancia que se conceda a las reformas de 1994, que amplió sus competencias y reforzó su autonomía institucional; y de 2007, que dejó a las asociaciones la propuesta de los candidatos de origen judicial. Ninguno de ellos ha tenido éxito¹³.

El primero, regido por una ley orgánica de 1980, dejaba la elección de los doce que deben ser jueces de todas las categorías a los propios jueces y magistrados. La mayoría conservadora copó los nombramientos y convirtió este primer Consejo en un instrumento corporativo de altiva reivindicación frente al gobierno. En el segundo, desde 1985, el Congreso y el Senado pasaron a designar a sus veinte integrantes mediante la «tan denostada práctica de las cuotas por partidos»¹⁴. Su composición ha reflejado así la de las cámaras —aunque con un desfase, porque sus mandatos no coinciden— y dado lugar a una política judicial «mecánicamente» coincidente con la política de los partidos¹⁵, que ha convertido al Consejo en un teatro secundario y un instrumento de la confrontación política general.

¹¹ Guarnieri, 53 s. y 145s; Pizzorusso (1995), 65.

¹² Aparicio (1995), Montero, Nieto (2004), Paredes, Sabán, Íñiguez (2008).

¹³ Lucas Murillo de la Cueva (2002), 15.

¹⁴ Díez-Picazo, 11.

¹⁵ Andrés y Movilla, 94.

La reforma de 2001 se limitó a dar a las asociaciones judiciales un papel más aparente que sustantivo y a arrastrarlas en el desprestigio del Consejo, de manera que consiguió reunir los inconvenientes de los dos anteriores y añadió el simultáneo privilegio y descrédito de las asociaciones. En el Consejo de 2008 discurrió, hasta la dimisión de su primer presidente, una experiencia inusual: una mayoría formada por vocales de posiciones ideológicas y profesionales diferentes se condujo con una insólita independencia —por ejemplo, cuando no siguió las indicaciones del Gobierno para que elevara la sanción a un juez en un episodio desgraciado con gran repercusión en los medios— y produjo resultados como el Reglamento de la Carrera Judicial¹⁶, el inicio de una política de salud y seguridad en el empleo y una mayor transparencia sobre los motivos de sus nombramientos. Con su efímero segundo presidente, los vocales más cercanos a los partidos recuperaron la mayoría y la orientación pro-ministerial y acabaron con el experimento de una posible vía de relegitimación del órgano. Al de 2013 se hace una referencia extensa más adelante.

Desde el punto de vista de su independencia interna, el Consejo lleva en crisis casi desde su creación: por su estructura —pomposa, lenta, inane— propia del Antiguo Régimen; porque es un órgano ejecutivo que hace visible la política en torno al poder judicial; y por su magnético atractivo para los medios. La atención de éstos, desproporcionada con respecto a su relevancia efectiva en el sistema político, quizá se explica porque es un órgano fácil de explicar: se sabe cómo y por qué se elige a sus integrantes; y éstos responden luego a las expectativas y se dividen en dos grupos, capitaneados por unas pocas personalidades, que toman sus decisiones por cuotas y en intrigas previsibles.

Las designaciones de los miembros del Consejo y de los cargos judiciales más relevantes «han quedado —de manera indirecta, por medio de los grupos parlamentarios de las Cámaras y con una variable participación de las asociaciones judiciales— al fin en manos de los partidos políticos, que han trasladado automáticamente la distribución de sus fuerzas a la designación de los vocales del Consejo»¹⁷. Pese a que los procedimientos se cumplen formalmente, son los partidos políticos —o aquellos de sus dirigentes que intervienen en las cuestiones judiciales— quienes deciden, en proporción a su fuerza parlamentaria, la composición del Consejo entre jueces y otros juristas que consideran cercanos.

¹⁶ Reglamento 2/2011, de 28 de abril.

¹⁷ Íñiguez (2008), 29 s., 292 s.

Los así nombrados actúan luego «con una notable disciplina» y «se han sometido a esa lógica con una facilidad que revela una llamativa permanencia de la dependencia del Poder ejecutivo que ha sido constante a lo largo de la Historia constitucional española»¹⁸. En la primera sesión del Consejo eligen al presidente acordado previamente en la negociación entre los partidos. Y luego, a quienes ocuparán los puestos de gobierno o jurisdiccionales que pueden tener relevancia política, mediante un sistema de cuotas, con un procedimiento poco transparente —salvo por las puntuales filtraciones a los medios— y escasa motivación.

Las asociaciones judiciales, que debían haber servido para representar a los jueces y ayudar a garantizar su independencia, actúan estrechamente vinculadas con los partidos, el gobierno y la oposición de turno. O, más precisamente, lo ha hecho la parte más pragmática de las dos sobrerrepresentadas en el Consejo, mientras que las otras dos y la parte más idealista de aquellas han quedado marginadas.

La consecuencia es que el Consejo produce un efecto desmoralizador entre los destinatarios de su teórica protección, cuando asisten al «espectáculo»¹⁹ de la designación de sus integrantes y su presidente; comprueban la escasa transparencia de su funcionamiento interno y la dificultad de controlar sus decisiones por falta de motivación; advierten que las votaciones rara vez dejan de producirse con arreglo a bloques que reflejan exactamente la propuesta originaria de sus miembros; y comparan con la suya la fulgurante carrera de los dirigentes de las asociaciones vinculadas al sistema de gobierno realmente existente.

La evaluación de la eficacia externa del Consejo requiere partir de una tipología de los casos relevantes, en función de sus actores y de su relevancia o gravedad para la independencia judicial o incluso para el propio sistema constitucional.

En los conflictos internos normales del sistema judicial, la actuación del CGPJ ha sido normalmente más rápida, intensa y acorde con la opinión publicada que las decisiones jurisdiccionales sobre los mismos. Pero ha habido retrasos inexplicables: el CGPJ tardó diez años en intervenir en un caso clamoroso de corrupción judicial en Marbella y tampoco ha sido diligente en otros. En general, las intervenciones han sido más inmediatas cuando el conflicto interesa a un medio de comunicación.

¹⁸ Íñiguez (2007), 36.

¹⁹ Díez-Picazo, 11.

En los conflictos sobre críticas a actuaciones judiciales negligentes o erróneas, decisiones que han tenido consecuencias desgraciadas, o casos de conflicto político como los planteados cuando cargos del gobierno censuran decisiones judiciales, las intervenciones del CGPJ suelen resultar ineficaces y débiles. Cuando no se alinean con el gobierno frente al magistrado, como ocurrió tras las críticas del ministro del Interior a una magistrada de Bilbao que ordenó la libertad de un preso de ETA: el presidente del CGPJ, sin consulta o comunicación interna previa, abrió una información sobre la actuación de la magistrado y defendió luego la libertad de opinión... del ministro.

En los conflictos sobre el contenido de reformas legislativas, procesales o sustantivas, los informes del CGPJ han reflejado generalmente la dinámica usual de las mayorías internas y un modo de afrontar el análisis de los anteproyectos no muy diferente al de otros órganos consultivos del Estado o las secretarías generales técnicas de los ministerios. Sólo en contadas ocasiones ha podido atisbarse una posición ideológica o institucional distinta.

En los dos conflictos que cabe considerar extraordinariamente graves han sido los referentes al uso de medios delictivos contra el terrorismo y las amenazas de ETA contra los jueces y magistrados en la comunidad autónoma vasca, respaldados desde diversos sectores independentistas, el Consejo ha sido esencialmente inoperante. En los dos casos se han producido intervenciones jurisdiccionales decisivas: en el primero, para determinar la responsabilidad de altos cargos del ministerio del Interior y responsables de la Policía, la Guardia Civil y los servicios de información; en el segundo, para defender la independencia y el sistema jurisdiccional constitucional frente a la presión terrorista, creciente desde 1994. Los primeros episodios se vieron agravados por el uso delictivo de medios públicos; el segundo, por el asesinato de un magistrado por el grupo terrorista ETA. La tensión alimentada por los gobiernos y los partidos afectados ha producido en los casos una presión máxima sobre la independencia judicial. En ambos, lo decisivo para mantenerla ha sido la actuación consciente y profesional de los órganos jurisdiccionales, mientras que la actuación del CGPJ se ha producido conforme a la pauta señalada al principio para el episodio narrado al inicio de estas páginas²⁰.

En definitiva, la repercusión del Consejo sobre las amenazas a la independencia ha resultado poco o nada efectiva. En los *conflictos internos*, el sistema de resolución de los problemas funciona lenta pero

²⁰ Ibarra, 220.

adecuadamente. En los *conflictos externos*, los órganos judiciales han resistido bastante eficazmente las presiones y han resuelto procesos tan difíciles como los que persiguieron el empleo de medios ilícitos contra el terrorismo, las escuchas ilegales de los servicios secretos, la financiación irregular de los partidos políticos, la corrupción de altos cargos, los delitos de terrorismo o la ilegalización de las asociaciones y los partidos afines a los grupos terroristas. Pero es dudoso que el Consejo haya contribuido a esa resistencia de manera significativa.

Sobre los conflictos internos —por incumplimientos profesionales, corrupción, de organización del trabajo con repercusión en servicio público— del sistema judicial, el Consejo suele pronunciarse razonablemente, aunque con velocidad proporcional al interés que muestren por ellos los medios de comunicación.

En los que afectan sustancialmente a la independencia de jueces o tribunales —sobre los límites de la crítica a las resoluciones, procesos con un elemento político, legislación controvertida, corrupción de altos cargos, abuso de poder, financiación irregular de partidos, en torno al control de los poderes de la policía o los servicios secretos— o ante peticiones de apoyo de jueces frente a críticas o presiones de partidos o dirigentes, sus intervenciones son casi siempre tardías, rituales e ineficaces²¹.

El fracaso político del Consejo es evidente: padece problemas de legitimidad, responsabilidad e identidad y resulta dudoso que haya sido efectivo para realización de sus fines instrumental (el autogobierno limitado) y sustantivo (garantizar la independencia de cada juez o magistrado concreto en el ejercicio de sus funciones). Si es que no ha sido una amenaza añadida, porque sirve de poco al juez o tribunal que se ve en la vorágine de un caso político o morboso (quizá porque no tiene medios, pero tampoco ha logrado establecer su autoridad). Y, en vez de alejar la política del trabajo de los jueces, ha alimentado la impresión de que el conjunto de los jueces y tribunales está politizado: injustamente, porque los criterios políticos, a menudo sencillamente clientelares, afectan solo a ciertos cargos judiciales. Las consecuencias son «la desmoralización que ello representa para todo el aparato»²² y «un pre-sagio» negativo «sobre el modo en que operará un CGPJ así elegido si le toca defenderlos frente a la presión o la crítica del gobierno»²³.

El Consejo no ha facilitado la extensión de una «cultura de la independencia judicial», ni el avance hacia la «maduración» de la que debe resultar una mayor independencia. No resulta particularmente efectivo

²¹ Íñiguez (2008), 348 s.

²² Rodríguez Zapata, 18.

²³ *El País* (1990b).

contra los factores que amenazan, en potencia o en acto, a la independencia externa de los jueces y tribunales. Ha reforzado la percepción de «politización» de la judicatura y producido un efecto corruptor o, si se prefiere, desmoralizador, entre sus gobernados. Apenas ha contribuido a resolver los problemas estructurales y culturales constantes en la historia del poder judicial español —y seguramente ha contribuido a acrecentarlos—.

Como consecuencia, en vez de afirmarse gradualmente como institución con el paso del tiempo, el Consejo ha perdido su crédito —si lo tenía— ante los otros poderes y entre sus teóricos protegidos. Su valoración negativa es casi unánime.

IV. El modelo de 2013: el Consejo demediado

El nuevo Consejo, el primero del modelo de 2013, se ha constituido tras un cambio legal que confirma la experiencia de que cada reforma de esta institución desdichada es para peor: en su nueva versión es menos plural, con un predominio absoluto de la mayoría, vocales de primera, segunda, tercera y —como se explica más adelante— cuarta y menos poderes para cumplir su función constitucional.

El Consejo ha funcionado mal desde su creación en 1980. Ha sido un órgano inane en la defensa de la independencia de los jueces y ha quedado deslegitimado por su condición de teatro secundario de la política general. Pero esta reforma no lo hace más efectivo: utiliza su ineficacia anterior para justificar un vaciamiento de sus competencias y un proceso de concentración de poder.

1. *El contexto*

Los juzgados españoles tienen un problema de organización, otro de volumen de trabajo. «El número de profesionales es francamente insuficiente; la estadística, generalmente, aplastante; y la infraestructura burocrática permanece en sus constantes galdosianas, tan castizas como inoperantes. Tal conjunto de factores contribuye, además, a proyectar sobre los jueces una presión social y mediática difícil de soportar²⁴.

Jueces y magistrados sufren las consecuencias de la crisis, como la mayoría de los oficios públicos: de modo inmediato, por las reba-

²⁴ Andrés (2008).

jas y la congelación salarial; el incremento de la carga de trabajo, que ha crecido a la vez que descendía el número de jueces por el despido de buena parte de los sustitutos y los magistrados suplentes; y la congelación de unas incipientes políticas de salud laboral. De modo general, por el oscurecimiento de las perspectivas de la clase media a la que pertenecen. El malestar²⁵ permanece, aunque tras las huelgas y protestas reina una calma superficial, en parte por el cansancio, en parte por la prudencia ante el nuevo Consejo y en parte por el escaso resultado de las aquellas.

El contexto presenta un problema nuevo: el número preocupante de jueces en regímenes de provisión no permanente, ni claramente reglados, en probable contravención del principio del juez ordinario predeterminado por la ley y del de inamovilidad como garantía de la independencia. De los aproximadamente cinco mil jueces y magistrados en activo, en diciembre de 2014 los cuatrocientos jueces de las promociones 63 y 64 se encuentran sin puesto y más de doscientos magistrados lo están en comisiones de servicio de provisión inestable (se han de renovar cada seis meses, con un preaviso muy breve) y dependiente de la existencia de unos créditos del Ministerio de Justicia que no es exagerado calificar como oscuros, por la inseguridad con que aparecen y desaparecen. Ha saltado a los medios uno de los casos más clamorosos: el del juez de instrucción de la Audiencia Nacional que investiga el caso de financiación irregular de partidos conocido como «Gürtel», al que se ha hecho ya referencia. La línea que une estas formas de provisión con la ley del mandato constitucional de un «juez ordinario predeterminado por la ley» ha quedado en evidencia con la constancia en los medios de un nada santo debate en torno a la continuación del magistrado al frente de la investigación y las ventajas para quienes pueden influir en la decisión de aplazar las previsibles consecuencias electorales de sus avatares sucesivos.

El segundo informe de la Comisión Europea sobre los sistemas de justicia de la Unión Europea no deja al sistema español en un buen lugar. España se encuentra entre los Estados miembros con más casos civiles y mercantiles pendientes de sentencia; ocupa las últimas posiciones en materia de inversión en y número de jueces por habitante; y su sistema jurisdiccional se encuentra entre los percibidos como menos independientes por los empresarios (el estudio no ofrece el dato de la percepción de los trabajadores)²⁶.

²⁵ Nieto, 2010.

²⁶ European Commission, 2014.

2. El modelo de la LO 4/2013 y su primera aplicación

Pese a la crítica unánime y a las promesas electorales, la renovación de 2013 se ha hecho como siempre²⁷: los dos partidos mayores se han repartido los vocales por cuotas y convidado a algunos de los otros: a tres, en este episodio. Cada uno ha propuesto a sus candidatos sin opinar sobre los demás. El Congreso y el Senado han examinado sólo a los que no son jueces, en comparecencias de quince minutos y resuelto que son idóneos.

Constituidos en Consejo, los nuevos vocales han elegido como presidente al que los medios llevaban semanas anunciando —lo que ha llevado a la asociación Francisco de Vitoria a impugnar su nombramiento (a la vez que los de los doce vocales judiciales) ante la Sala III del Tribunal Supremo—. El elegido, que participó en la comisión que preparó la reforma legal y había sido director general en el ministerio de Justicia durante dos legislaturas y bajo tres ministros del partido cuyos diputados han aprobado la reforma, asegura que su elección no se debió a pacto previo o decisión externa alguna²⁸ —lo que ponen en duda los recurrentes de su nombramiento y analistas especializados²⁹—.

El cambio debilita a las asociaciones judiciales, al quitarles la presentación exclusiva de los candidatos a vocal. Pero el riesgo de *politización* (entendida como influencia de los intereses de los actores políticos) del órgano no disminuye, en la medida en que los integrantes del Consejo siguen siendo designados por los grupos parlamentarios.

Que no haya cambiado el sistema de elección produce frustración a la mayoría de los jueces, que piensan que la Constitución quiso dársela a ellos y creían que iban a recuperarla, porque lo prometía el programa electoral del partido que gobierna con mayoría absoluta. Es verdad que el Tribunal Constitucional resolvió que el sistema de elección parlamentaria es constitucional, pero siempre que no llevara a lo que pasa cada vez: que los vocales se agrupan en bloques en función de los grupos que los han designado y deciden por cuotas previsibles, con generoso

²⁷ «En España y en todo el mundo en los Parlamentos hay facciones, lo importante es el acuerdo. Este CGPJ no es distinto del que surgió en 1985 y la sentencia del TC lo avaló». Entrevista a Carlos Lesmes.

²⁸ Entrevista a Carlos Lesmes.

²⁹ Algunos, como el corresponsal de *El País*, con mucha dureza: «ha tenido el desparpajo de asegurar que no hubo acuerdo entre Rajoy y Rubalcaba para designarle para el cargo que ostenta varios días antes de que los vocales le votaran, aunque el hecho fue publicado por unos cuantos medios, incluido este blog. Añadía que tampoco tiene que ver con la política el hecho de que él fuera director general de Justicia en el Gobierno de José María Aznar» (Yoldi, 2014).

adobo de divergencias broncas y públicas. Significativamente, la única de las cuatro asociaciones que no reclamaba hasta ahora la elección de los vocales de origen judicial para los propios jueces ha modificado su posición³⁰.

Entre los doce jueces nombrados hay cuatro de la Asociación Profesional de la Magistratura, cinco de Jueces para la Democracia, solo tres no asociados y ninguno de las asociaciones Francisco de Vitoria y Foro Judicial Independiente, que entre las dos superan los novecientos asociados.

También pesa la jerarquía: aunque la Constitución dice que tiene que haber vocales de cada una de las tres categorías judiciales, los magistrados del Tribunal Supremo (cuatro de ochenta y tres) están sobrerrepresentados; los magistrados a secas, infrarrepresentados (nueve de cuatro mil cuatrocientos cincuenta y cinco); y los jueces, que son seiscientos cuarenta y ocho, ausentes. Cinco de los elegidos son presidentes de tribunales, salas o audiencias. La cuestión no es menor, por la previsión constitucional expresa incumplida y porque la pluralidad, también en esta manifestación, tiene sentido en un órgano de garantía, que será más sensible a los problemas de cada categoría y de cada fase de la carrera si forman parte de él personas de cada una de ellas.

La estructura y el funcionamiento del órgano se complican, quizá porque la reforma ha tomado como modelo el Consejo de Estado, un órgano con una función muy distinta (no de garantía, sino de asesoramiento del Gobierno) y que tampoco es un paradigma de modernidad, ni de relevancia. El nuevo sistema refuerza a la comisión permanente, como ha quedado patente en su avocación efectiva de debates que hubieran debido ser del pleno y a pesar de que algunas de sus funciones se deleguen en unos letrados sujetos a un sistema de precarización mediante unas renovaciones anuales hasta que se cree el cuerpo específico que prevé la reforma y se seleccionen sus integrantes.

El Consejo ha perdido su autonomía presupuestaria, la parte sustancial de su poder reglamentario, el control de su acción internacional y otros poderes, que van a parar sobre todo al Gobierno, del que la Constitución quería alejarlos; pero también a las salas de gobierno y a los que los defensores del proyecto han llamado, con metáfora de legión romana, «los veteranos» —especialmente, los magistrados del Tribunal Supremo—, en un paso más de una perceptible deriva oligárquica.

³⁰ Jueces para la Democracia (2014b).

El nuevo Consejo concentra sus poderes en una comisión permanente de seis miembros, los únicos que tendrán dedicación y sueldo completos. A los demás les quedan un pleno desangelado y unas dietas. Habrá, por tanto, vocales de primera (los de la comisión permanente), segunda (los demás de la mayoría), tercera (los de la minoría) e incluso de cuarta, como se explica más adelante.

La mayoría de los vocales solo asistirá al pleno quizá una vez al mes, seguirá entretanto haciendo sus trabajos, cobrará unas dietas y se enterará de lo que pueda en un órgano que llevarán en realidad su presidente y los letrados de su confianza. Lucas Murillo de la Cueva advierte que «si se quiere atender con conocimiento de causa a las responsabilidades que comporta el cargo de vocal es precisa una labor de estudio y seguimiento estimable, difícilmente compatible con el ejercicio jurisdiccional o de cualquier profesión jurídica». Como previsiblemente la información necesaria para decidir y el dominio de los expedientes «sólo estarán al alcance de quienes se dediquen a tiempo completo al Consejo», «serán ellos los que gobierne realmente el Poder Judicial» —aunque «tampoco lo harán demasiado tiempo» si se renuevan anualmente, como también prevé la ley—. ³¹

El empeño en eliminar esos quince sueldos busca seguramente producir un efecto. Quizá sea también un acto de justicia retrospectiva contra la molicie que famosamente ha practicado una parte de sus vocales. Pero dificulta la participación en el Consejo de los vocales que no forman parte de la comisión permanente. Y causará problemas y recusaciones como consecuencia del inusual régimen de (in)compatibilidades.

Argumentar que el nuevo modelo es más barato no es convincente: lo barato sale caro si no cumple su función. Los discursos justificativos del nuevo modelo insisten en repetir como cualidad y guía del Consejo de 2013 su austeridad, una idea tomada de la política general. Pero predicar cualidades humanas, como la sobriedad, la benevolencia o la propia austeridad, de instituciones indica una confusión, o encubre un propósito ideológico o político. La austeridad no es un fin constitucional: pudiera considerarse una faceta del mandato de eficiencia de las administraciones públicas en la gestión de los recursos, pero ni la eficiencia sustituye a la eficacia, ni ésta puede definirse sin tener en cuenta la medida en que el órgano satisface la necesidad, el valor o la finalidad constitucionalmente definidos para los que se creó.

³¹ Lucas Murillo de la Cueva (2013), 78.

La reiterada afirmación de que el nuevo Consejo representa a todos los jueces y magistrados (luego se ha aclarado que también a las juezas y las magistradas) obedece a una confusión semejante. Desde luego, porque ni su composición manifiesta un especial interés por recoger las diferentes categorías judiciales de un modo mínimamente proporcional, ni forman parte de él miembros de dos de las cuatro asociaciones, lo que reduce las posibilidades de que cada juez o magistrado encuentre a un vocal cercano a su posición en la carrera profesional o su ideología. Pero, sobre todo, porque el Consejo no es un órgano de representación, más allá de un cierto papel simbólico en ceremonias públicas rituales, sino de garantía. Un órgano de representación de todos los jueces, sería, sencillamente, corporativo. Designado, además, desde los otros poderes —los sustancialmente encargados de la dirección política, los partidos políticos mayoritarios— se acercaría inquietantemente a los característicos de regímenes pasados de infausta memoria.

El cambio esencial con la LO 4/2013 es que el Consejo nombra ahora por mayoría simple (en vez de la cualificada precisa hasta ahora) a los magistrados del Tribunal Supremo, a dos del Constitucional y a los cargos judiciales. Durante los años de mandato del presente Consejo se renovarán la mitad de los magistrados del Supremo y los presidentes de todos los tribunales superiores y la mayoría podrá designar a los nuevos sin tener que alcanzar acuerdos con o aceptar candidatos de la minoría.

Que las decisiones importantes dejen de tomarse por mayoría cualificada no simplificará su funcionamiento, como dice la exposición de motivos: lo que asegura es que la mayoría pueda decidir sobre todos los nombramientos sin tener que negociar con la minoría, acabando con un cierto equilibrio, si no pluralista, sí al menos dualista.

La reforma no incorpora ningún avance en la transparencia o en la motivación de sus decisiones, que faciliten el control del uso que haga de sus poderes. Motivar una decisión, es obvio, supone algo más que acompañarla de ciertos documentos, explicaciones *ex post* o currículos: requiere una explicación sobre las razones por las que una decisión es conforme con el ordenamiento y preferible a las alternativas desde el punto de vista del interés público y los fines perseguidos por el ordenamiento. Las comparecencias introducidas para ciertos nombramientos judiciales por el Consejo de 2008 quizá no sean muy útiles, pero han resultado reveladoras, en ocasiones, de rasgos de la personalidad de quienes comparecían que no se hubieran puesto de manifiesto solamente por medio de un currículo o una valoración de méritos acredita-

dos documentalmente. Pero la motivación es una obligación sustantiva, esencial para que puedan controlarse el poder ejercido y los fines efectivamente perseguidos. La publicación de las resoluciones y —una referencia reiterada— «los currículos» en la página de internet del Consejo, junto con los gastos de los vocales y otras informaciones, es un paso modesto que pude ofrecer algunas pistas. Pero seguirán siendo meros indicios a falta de publicación de perfiles y un sistema de valoración en las convocatorias y de las razones reales de la elección en las resoluciones.

La Ley LO 4/2013, de 28 de junio, tampoco ha dotado al Consejo de mecanismos nuevos que lo hagan más efectivo para defender a los jueces concretos que necesiten su ayuda. Ha creado —y seleccionado rápidamente— un «Promotor de la acción disciplinaria» para los procedimientos disciplinarios contra los jueces, pero no ha adoptado ningún instrumento eficaz para defenderles en los casos problemáticos o de efectivas molestia o amenaza. El nuevo cargo ha sido recibido con recelo.

La concepción que inspira la reforma, como su primera puesta en práctica, es, en fin, intensamente presidencialista —lo que encaja difícilmente con la configuración constitucional de un Consejo numeroso, articulado como un colegio—.

3. *Una respuesta a las críticas*

El reforzamiento de la figura de su presidente realza el interés de una entrevista concedida por éste a un medio nacional, en la que respondió extensamente a las críticas sobre el nuevo modelo y explicó su punto de vista sobre la reforma de 2013.

La regulación constitucional del Consejo forma parte de una concepción exigente y compleja del gobierno judicial, con un fin superior: la garantía de la independencia interna y externa de jueces y tribunales. En la entrevista, sin embargo, el nuevo presidente pone su énfasis en otras facetas: «la independencia de los jueces es muy importante», explica, «pero también su responsabilidad. [...] El Consejo tiene que asegurar el ejercicio responsable por los jueces del poder que tienen y eso mejorará también la reputación». La responsabilidad aludida no parece identificable con la del artículo 117 de la Constitución; tampoco es evidente que «la reputación» pueda considerarse un fin comparable en la jerarquía constitucional. Pero la explicación culmina más adelante: «el Consejo se crea para dos funciones que se considera que no pueden estar en manos del Gobierno: el nombramiento de cargos judiciales y

el ejercicio de la disciplina, porque al juez se le controla con el palo y la zanahoria».³²

La del palo y la zanahoria es una de esas frases que se dicen sin pensar, o porque se ha pensado muchas veces, en la comodidad inducida por una entrevista inteligente. Pueden hacerse sobre ella toda clase de bromas: sin duda hay nombramientos que pueden considerarse un premio, y algunos que no pueden explicarse de otro modo. Pero ni los jueces, ni las asociaciones, la han encajado con humor. Tres de ellas se han quejado de desconsideración y falta de delicadeza. Una, de que el presidente del Tribunal Supremo y del CGPJ se refiera a los jueces y magistrados como sujetos pasivos de técnicas de domesticación de animales. El Foro Judicial Independiente, del «menosprecio que supone considerar a los jueces como animales de carga a los que azuzar [...], en una descripción gráfica de la concepción productivista de la función judicial». La asociación Francisco de Vitoria ha pedido la dimisión del presidente.

La aplicación de la metáfora al gobierno judicial en España no es nueva: la han empleado antes, desde posiciones y con propósitos diferentes, Parada Vázquez y López Aguilar. Parada, identificando el palo con los instrumentos legales para defender la independencia externa de los jueces, que considera eficaces; y la zanahoria con la vulnerabilidad de éstos a la esperanza de favor: «la independencia de los jueces y magistrados frente a la política se protege del palo», pero el sistema no «se protege de la zanahoria»³³. López Aguilar se ha referido a «la vieja disciplina del ‘palo y la zanahoria’» en la interacción de «parasitismo recíproco» que considera —o consideraba, en 1996— existente entre los medios y algunos jueces³⁴.

Lo más llamativo no es la identificación de la disciplina —la función inspectora— con «el palo», sino la de la zanahoria como culminación de los criterios constitucionales de mérito y capacidad para acceder a los cargos y funciones públicos. Porque una de las críticas recurrentes al Consejo ha sido que en los nombramientos para los cargos judiciales resultan a menudo visibles otros criterios: la pertenencia a uno u otro de los bloques —los definidos por el nuevo presidente como «conservador» y «progresista»— o, directamente, el premio a la afinidad ideológica o personal. La entrevista confirma que en el Consejo de 2013 hay, como en sus antecesores, dos bloques distinguibles, constituidos en mayoría y minoría. Y, también, que el modelo de Consejo lo decidió

³² Entrevista a Carlos Lesmes.

³³ Parada Vázquez (2007), 205 s.

³⁴ López Aguilar, 9 y 11.

(«legítimamente») «el Gobierno». No es una concepción sorprendente, pero es raro que se manifieste tan abiertamente. Y dudoso que sea la constitucional.

Como técnica de gestión, la de la zanahoria y el palo también merece algunas dudas. Las grandes empresas y organizaciones internacionales utilizan estímulos muy diferentes para atraer a los profesionales y estimular el rendimiento y la creatividad. Tampoco es acorde con los valores más extendidos en la sociedad española, que —a juzgar por las series del Centro de Investigaciones Sociológicas— es tolerante, poco autoritaria y ha asumido los valores de la Constitución, ciertamente no inspirados en esa concepción de las funciones públicas. Los análisis económicos más modernos advierten que genera más malestar que beneficios en el rendimiento. Suele ir asociado, en fin, a excepciones —a privilegios— asociados a la posición en la jerarquía, la cercanía a quien tiene poder en la organización, el clientelismo o la abyección —modos de conducirse que casan mal con la función judicial, la idea de la independencia y la propia existencia del Consejo—.

Si las virtudes del modelo de 2013 no convencían ya antes a los destinatarios de su teórica protección, las declaraciones seguramente no ayudarán: las referencias a burros, zanahorias y palos perseguirán a este Consejo durante el resto de su mandato; que se aporten «los currículos» no les parecerá decisivo sabiendo que se vota desde los bloques; que se cuenten los puestos concedidos a la minoría casa mal con la negación de que los nombramientos se producen con arreglo a cuotas, o con la afirmación de que se elige «a los mejores» —un comparativo, por otra parte, ajeno a la complejidad de las funciones judiciales y seguramente más convincente para los escogidos en cada caso que para el común de los gobernados—.

La entrevista permite confirmar que, pese al expreso desmentido («todos son de primera»), hay más de dos o tres categorías de vocales: también existen los de cuarta, los de provincias no cercanos a la mayoría gobernante, que necesitan un permiso del presidente para desplazarse a Madrid. La respuesta de que pueden ir al despacho siempre que quieran es sólo en parte precisa: es así si tienen su lugar de trabajo en Madrid. En cambio, los que residen y mantienen su puesto fuera de Madrid tienen que pedir una comisión de servicio para desplazarse a la sede del Consejo —o para hacerlo, al menos, sin riesgo de reproche disciplinario por haber abandonado el servicio y sin tener que pagar de su bolsillo el desplazamiento— lo que dificulta que utilicen sus recursos o participen en las reuniones informales que nutren la colegialidad de un órgano. Los vocales de provincias no liberados quedan configurados, en consecuencia, como una curiosa especie de vocales rogados,

cuyo llamamiento queda reservado al presidente por medio de las comisiones de servicio, sin las que los que no formen parte de la comisión permanente acudirán al Consejo en la poco envidiable situación de pagar por trabajar.

4. *La extraña opción del presidencialismo*

Así las cosas, resulta inevitable preguntarse por las razones del presidencialismo de nuevo cuño introducido por la LO 4/2013. Lucas Murillo de la Cueva ha escrito que, en el nuevo Consejo, «el presidente es más que un *primus inter pares*». «Tenía ya en el sistema una importancia singular» por su doble condición de presidente del Consejo y del Tribunal Supremo, pero «disminuir, como hace la ley orgánica, el peso de más de la mitad de los vocales y reforzar la presidencia merma, a la vez, la colegialidad querida por la Constitución y realza el elemento monocrático. De este modo, el Consejo se aproximará a un departamento ministerial y quien lo presida, descargado de sus responsabilidades en el Tribunal Supremo por el vicepresidente, a un ministro».³⁵

La crítica al Consejo de autores como Parada Vázquez o Rodríguez Zapata proponía como alternativas elementos del sistema tradicional de gobierno, basado en las salas de gobierno y el control corporativo, no uno presidencial con la intensidad del actual. Tampoco se deduce esta solución de la configuración constitucional del Consejo como un colegio, ni de su experiencia, ni siquiera cuando lo presidieron personalidades de la talla intelectual y jurídica de Federico Carlos Sainz de Robles o Antonio Hernández Gil.

Es una decisión extraña, también, desde un análisis político. El Consejo ha servido a menudo de altavoz, o de teatro secundario de operaciones, a los partidos de oposición cuando su mayoría era de signo diferente al del Gobierno del momento. Que el mayor beneficiario de esta divergencia haya reducido dramáticamente el número de cabezas activas del Consejo y colocado a su frente una sola, muy poderosa, resulta extraño. La macrocefalia facilita que la constante atención que los medios dedican al órgano se concentre en una sola figura. Si un gobierno colegiado es «la forma irresponsable del gobierno oligárquico»³⁶, uno personalista queda particularmente expuesto —a los rivales internos, a la oposición política y a los periodistas especializa-

³⁵ Lucas Murillo de la Cueva (2013), 78.

³⁶ Hamilton, 214.

dos, que conocen el funcionamiento del órgano, los intereses en juego y a los actores de la política judicial— lo que abona las semillas de su propia destrucción que lleva consigo todo sistema de poder.

Porque, aunque leída en el BOE parezca magnífica e inatacable, ninguna posición institucional es tan segura en España: todas tienen oponentes que se aplican, de manera abierta o disimulada, a limar las patas de cada sillón presidencial, ministerial o directivo. En el Tribunal Supremo, poblado de personalidades de independencia probada y estatutariamente garantizada, hay quienes no aprecien la orientación gerencial del nuevo modelo, su contenido ideológico o la preeminencia excesiva de uno de sus pares. Los hay en las dos asociaciones judiciales postergadas y en la parte menos pragmáticamente orientada de las otras dos. Surgen descontentos entre los integrantes del Consejo que no han accedido a la zanahoria de la comisión permanente, descontentos por las estrecheces del cargo, aunque estuvieran advertidos con haber leído la nueva ley³⁷. Los genera entre el común de los jueces el malestar magistralmente analizado por Alejandro Nieto³⁸. La crisis y la aceleración del tiempo político generan incertidumbre, que puede acelerar el cambio de turno o aconsejar el del ministro: un órgano ahora tan dependiente presupuestaria y normativamente pudiera convertirse en un asiento incómodo con un ministro distinto al impulsor del nuevo modelo.

5. *Una devolución de poderes poco liberal*

La reforma de 2013 acentúa la condición auxiliar, o jubilar, del Consejo de una política que se ocupa poco de que el sistema jurisdiccional produzca mejores sentencias y aún menos de que los jueces que investigan al presidente de una diputación, a un consejero autonómico o al tesorero de un partido se sientan protegidos si las resistencias normales se tornan presiones o amenazas. El cambio ha supuesto una considerable transferencia de poder —del Consejo al ministerio y de los órganos colegiados dentro de aquel a su presidente— por mucho que se justifique como el remedio milagroso para hacer del órgano cuestionado un modelo de sencillez, eficacia y economía.

En la reducción del Consejo a un papel de reparto convergen varios afanes: uno clásico de concentración del poder, en que el Ministe-

³⁷ Entrevista a Carlos Lesmes.

³⁸ Nieto García (2010).

rio de Justicia ha neutralizado a una institución que empezaba a afirmarse como rival; otro que juega con los eternos deseos de inmunidad del poder; un tercero de autoafirmación de una parte del Tribunal Supremo, que sufre con irritación cierta postergación institucional y su deficiente articulación con el Constitucional; otro, en fin, de *normalización* frente a las huelgas, las asociaciones protestantes y el Consejo de 2008, más sensible al malestar de los jueces.

El resultado es una reacción contra la propia idea constitucional de un Consejo General del Poder Judicial: un paso de vuelta hacia el sistema de gobierno del siglo XIX, con su pretensión de apoliticidad profundamente conservadora³⁹, su jerarquización inductora del conformismo y los incentivos de una carrera en cuyos escalones superiores —la «alta magistratura» que describe Alejandro Nieto— se hace un trabajo interesante y queda tiempo para pensar y escribir, mientras los inferiores —la «baja magistratura»— sobreviven como pueden a la montaña sísifea de sentencias pendientes, las bajadas de sueldo, la precarización en la provisión de los puestos y los constantes cambios legales en las competencias, los procedimientos y las tasas.

En la mejor interpretación posible de la imagen del palo y la zanahoria, el Consejo de 2013 ha quedado tan desnaturalizado que hasta su propio presidente olvida su misión constitucional y considera que asegurar que los jueces produzcan más sentencias y menos manifestaciones de crítica, malestar u opinión independiente, es el contenido de una función de gobierno tan básicamente enunciada y aplicada.

En sus primeros nombramientos, el nuevo Consejo había manifestado una deliberada moderación, distribuyendo por igual entre «progresistas» y «conservadores» (y entre mujeres y hombres) las cuatro plazas de magistrado del Tribunal Supremo y de modo equilibrado el nombramiento de siete cargos judiciales, comprendido un presidente de la Audiencia Nacional de la asociación Francisco de Vitoria y el presidente de la sala de lo social de aquella de Jueces para la Democracia. Pero en un segundo momento ha elevado al Tribunal Supremo a dos magistrados conservadores, uno de ellos —conforme a las puntuales filtraciones— por decisión estrictamente presidencial frente a la primera propuesta interna, lo que demuestra que la sola voluntad de su presidente resulta decisiva para un nombramiento en el Consejo de 2013.

³⁹ Cfr. el juicio sobre el ejercicio de cargos políticos por los jueces, para luego regresar a la judicatura en la «Entrevista a Carlos Lesmes».

La posibilidad de que una mayoría simple, que representa quizá a un tercio del electorado⁴⁰, decida por sí sola quiénes serán todos los más altos jueces del país revela una concepción preocupante del poder. La calidad de una cultura democrática se mide precisamente por lo contrario: por la división y la limitación del poder, la complejidad y el pluralismo que incorpora. Las instituciones de garantía de los derechos, la aplicación imparcial del Derecho y el pluralismo, a pesar de —o frente a— las mayorías políticas, son una conquista básica de un liberalismo que, como el de los autores de *Los Papeles del Federalista*, parte de una concepción realista de la naturaleza humana: del conocimiento de la ambición, de la tentación de abusar del poder, de la vulnerabilidad ante estímulos como los nombramientos, la postergación y las sanciones. Que busca por ello reforzar las instituciones y los mecanismos de control, a sabiendas de que el éxito de los frenos y contrapesos es siempre parcial y temporal y el conflicto es estructural, porque el poder no quiere ser controlado y no todos los jueces son heroicos. Las instituciones de control y garantía existen para que no tengan que serlo.

Para ser más eficaz, el Consejo no necesitaba ser reducido a una máquina monocroma y jerárquica. Necesita más transparencia sobre los méritos de sus integrantes y las razones de su elección; más pluralismo en su composición y sus nombramientos; más compromiso en su funcionamiento con los fines de la institución y con las viejas exigencias del Derecho Administrativo: mérito, capacidad, publicidad, motivación y eficacia —para aportar algo y no restarlo al sistema de garantías de la independencia judicial—.

La distancia entre los elevados principios y la triste práctica del Consejo contamina la percepción pública del entero sistema jurisdiccional, alimenta la sospecha de desigualdad ante la ley y perjudica al crédito del país en las terribles clasificaciones globales. La distancia entre las explicaciones de la exposición de motivos de la ley y la realidad; o la que se produce entre el sistema rígida e inesperadamente presidencialista en un órgano que por esencia debería ser colegiado, hasta convertirlo en una réplica de la dirección general de relaciones con la administración de justicia, erosionan la credibilidad de la reforma.

Tal como ha sido diseñado por el Ejecutivo⁴¹, es dudoso que el nuevo CGPJ sea constitucional. Lo que garantiza este cambio no es una

⁴⁰ En la entrevista citada, el nuevo presidente ofrece otro cálculo: «para conformar este Consejo hubo un acuerdo de más del 90 por 100 de las fuerzas parlamentarias, que representan, por tanto, a más del 90 por 100 de los españoles. No se puede descalificar al Parlamento». Cfr. entrevista a Carlos Lesmes.

⁴¹ Entrevista a Carlos Lesmes.

mejor cultura de la independencia judicial, sino una sustanciosa transferencia de poder desde el Consejo al ministerio: desde un sistema de equilibrios complejos entre los vocales del Consejo, las asociaciones, el ministerio y las comunidades autónomas, a uno de intenso predominio del ministerio por medio del presidente.

V. El discreto encanto del *berlusconismo*

En la evolución del caso español han influido elementos propios de su historia y de su cultura política, de la socialización e incluso del carácter de los actores de la política judicial. Pero el modo en que se conduce el poder en las democracias de la globalización y la concentración mediática, no difiere radicalmente entre la España del Consejo demediado, la Francia donde se investiga y se juzga a dos expresidentes de la República o la Italia de los encontronazos del expresidente Berlusconi con la ley y los jueces de instrucción.

De hecho, la experiencia italiana ha resultado una obvia fuente de inspiración para las reformas hechas y anunciadas en España. El *berlusconismo*⁴² ha intentado sustraerse durante dos decenios a las condenas que ahora se producen en cascada mediante recursos retóricos, legislativos y políticos idénticos a los que se leen hoy en Francia o España: el sistema jurisdiccional, se dice, es ineficiente por causa de los jueces, no por los problemas de organización, la escasez de recursos o las consecuencias de las constantes reformas de los procedimientos y las normas sustantivas; los jueces deben ser gobernados con dureza —el palo— para que produzcan más sentencias y pierdan menos tiempos en reivindicar su independencia o en aventuras ideológicas («comunistas», en el caso de los investigadores de Berlusconi; de «justicia universal», más cerca); cuando juzgan por prevaricación o corrupción a dirigentes políticos, subvierten las decisiones democráticas del electorado y la división de poderes, o atacan a la nación. Las reformas que se proponen son también las mismas: reducir la demanda, imponiendo tasas; limitar la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal; separar las carreras judicial y fiscal (en Italia) o trasladar la instrucción al ministerio fiscal, en España.

La coincidencia no acaba ahí. En una entrevista reciente⁴³, el vicepresidente del Consejo Superior de la Magistratura, que fue subsecre-

⁴² Flores d'Arcais, 2011.

⁴³ Entrevista a Michele Vietti.

tario de Justicia durante uno de los gobiernos encabezado por Silvio Berlusconi, exponía sus líneas de trabajo y sus fundamentos en términos muy reconocibles: la justicia es una virtud; las corrientes de la Asociación (única) Nacional de Magistrados no pueden convertirse en agencias de colocación; la valoración de la profesionalidad es un instrumento eficaz para el gobierno de la magistratura; el magistrado debe garantizar respuestas a tiempo y eficaces. Es posible valorar el mérito a partir del perfil profesional y de la capacidad, la laboriosidad, la diligencia, el empeño, la capacidad de organizar y gestionar los recursos (...) «para seleccionar de verdad a los mejores». El Ministerio de Justicia y el Consejo Superior de la Magistratura colaboran en una reforma del ordenamiento judicial basada en un estándar de rendimiento, a partir de una monitorización más precisa de la productividad de los magistrados. Cómo trabaja un magistrado no puede ser un secreto iniciático, ni un elemento irrelevante en su carrera... No es que el discurso del vicepresidente del Consejo italiano sea semejante al de su homólogo español: es que es el mismo. La comunicación, no sólo de ideas, es fluida: la figura del promotor de la acción disciplinaria es una importación italiana.

La cosa viene de atrás. El Consejo Superior de la Magistratura italiano ha tenido un razonable éxito⁴⁴, en parte por la elección por los jueces de la mayoría de sus integrantes, mediante un sistema electoral proporcional que potencia el pluralismo; y en parte por la práctica eliminación de los elementos de control interno de la carrera, en los años setenta⁴⁵. Pero la Asociación Nacional de la Magistratura advertía ya en 1996 que el Gobierno de Berlusconi no quería «reformar la justicia, sino a los jueces», para domarlos [sic en el original] y someterlos a su control⁴⁶. Las reformas «anunciadas, o mejor dicho, amenazadas», revelaban una «transparente intención punitiva» hacia una magistratura que «ciertamente no es el colmo de la eficiencia, pero sí es independiente». Lejos de procurar una mejora de la eficacia del sistema judicial, la propuesta de separar las carreras judicial y fiscal perseguía minar la independencia de los fiscales; la de reformar el sistema de elección de los miembros judiciales del Consejo Superior de la Magistratura, reducir su pluralismo⁴⁷.

Berlusconi ha tratado de destruir el principio de la igualdad ante la ley, la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, la independencia de una magistratura sometida exclusivamente a la ley. Siste-

⁴⁴ Pizzorusso (1995), 65. Guarnieri y Pederzoli, 53 ss. y 145 ss.

⁴⁵ Guarnieri y Pederzoli, 146 ss.

⁴⁶ *El País*, 2004.

⁴⁷ Borrelli (2002a) y (2002b), 43.

máticamente. Muy a menudo, con la complicidad o la aquiescencia de la oposición excomunista. Ha hecho aprobar un elevado número de leyes penales sustantivas *ad personam*»⁴⁸, para favorecer su propia impunidad o la de sus amigos⁴⁹; y leyes procesales para facilitar su propia impunidad. También «ha presidido sobre una política «material» de la justicia que hace ímprobo el trabajo de los magistrados, por falta de recursos técnicos y de personal. A todo esto se añade la intimidación institucional y la agresión mediática contra los magistrados que han continuado haciendo su trabajo. Ha convencido a la parte más desinformada de la población de que Berlusconi es víctima de una persecución de las ‘togas rojas’⁵⁰ (al margen de que muchos de sus pretendidos inquisidores provienen de los sectores más moderados de la judicatura)». «Parece milagroso que en esta atmósfera de deslegitimación que en 2011 duraba ya veinte años, sean tantos los magistrados que, entre dificultades crecientes, sigan trabajando sin considerar intocables a los poderosos»⁵¹.

El segundo gobierno de Berlusconi produjo finalmente su «contrarreforma»⁵², la Ley 50 de 2005⁵³. Los objetivos eran los mismos: separar de hecho la carrera judicial del ministerio público; reforzar los poderes del Procurador de la República y la jerarquización de la fiscalía, concentrando de hecho el ejercicio de la acción penal en unas pocas manos; reintroducir mecanismos de evaluación de los magistrados eliminados en los setenta, para condicionar el ascenso y retroceder hacia un modelo de carrera; modificar el régimen disciplinario, convirtiendo en obligatorio el examen de cada denuncia por la fiscalía y el Consejo. Huelga subrayar las semejanzas con el proceso en marcha en España.

VI. ¿Hay que abandonar toda esperanza?

Durante sus treinta años de actividad, el Consejo ha hecho algunas aportaciones —estadísticas, analíticas, de informe y propuesta normativa, de formación de los jueces e información sobre el sistema jurisdiccional— que han contribuido al conocimiento que el poder judicial tiene de sí mismo y a abrirlo a la sociedad. Y es necesario: la alternativa es la devolución al Ministerio de Justicia, sin restricciones o posibilida-

⁴⁸ Flores d’Arcais (2011).

⁴⁹ Sylos Labini (1995), 60. Sylos Labini (2003), 79.

⁵⁰ Flores d’Arcais (2011).

⁵¹ Flores d’Arcais (2011).

⁵² Flores d’Arcais (2002), 13.

⁵³ Marini.

des de objetivación, de todo el poder de los nombramientos y la disciplina. Pero apenas ha contribuido a resolver los problemas estructurales y culturales constantes en la historia del poder judicial español; y, seguramente, ha contribuido a acrecentarlos.

Sin embargo, el cambio legal de 2013 confirma la experiencia de que cada reforma de esta institución desdichada es para peor: el nuevo Consejo es menos plural, permite un predominio absoluto de la mayoría, distingue entre vocales de primera, segunda, tercera y cuarta, y le deja menos autonomía para cumplir su función constitucional, como resultado de un proceso de concentración del poder de nombrar a los cargos judiciales y disciplinar a los jueces.

No va a reducir el riesgo de politización o, mejor, de clientelismo con causa o pretexto político, en la medida en que los integrantes del Consejo siguen siendo designados por los grupos parlamentarios y operando conforme a los constantes patrones de los bloques y las cuotas. La reforma no incorpora avances en la transparencia o la motivación de sus decisiones. Ha introducido la nueva figura del «promotor de la acción disciplinaria», cuyo título bien pudiera llevar la coda de «contra los jueces y magistrados», pero no un contrapeso: por ejemplo, un «Lord Protector de la Independencia», para mantener la coherencia estilística.

Su concepción intensamente presidencialista encaja difícilmente con la configuración constitucional de un colegio numeroso, que refleje la pluralidad ideológica de los profesionales jurídicos y de la sociedad; y resulta poco coherente en un órgano cuyo fin esencial garantiza, no auxiliar en la gestión. Lo que garantiza esta reforma, en fin, no es una mejor cultura de la independencia judicial, sino una sustanciosa transferencia de poder: desde el Consejo al Ministerio de Justicia; y de los vocales al presidente.

1. *Los dos objetivos posibles —en hipótesis— sobre la reforma*

Desde la aproximación realista mantenida, es ya posible proponer dos hipótesis alternativas, pendientes de comprobación —o, en términos popperianos, de falsación—, sobre los fines que persigue esta reforma: (i) que en la aplicación de la nueva regulación, el Consejo camine hacia un vaciamiento sustancial de sus poderes y un ejercicio monocrático de los que le quedan: la hipótesis del vaciamiento; o (ii) que el cambio efectivo haya concluido con la poda de funciones, autonomía y el número de vocales efectivamente relevantes, de manera que el Consejo seguirá funcionando en lo esencial (los nombramientos y la disciplina) como hasta ahora, las decisiones se seguirán tomando

conforme a cuotas por bloques y se motivarán luego pro forma: la hipótesis de la continuidad con recortes.

a) LA HIPÓTESIS DEL VACIAMIENTO

Lo que cabe esperar de los próximos años no mueve al optimismo. A la nueva regulación del Consejo y la drástica limitación de la jurisdicción (de la «universal», pero, sobre todo, de la laboral) pueden seguir otras, como el traslado de la instrucción al ministerio fiscal (sin hacer caso de la percepción que extienden sobre su independencia las estrategias procesales perceptibles en investigaciones recientes de gran interés público; la limitación de las posibilidades procesales de la acción popular (perceptible en la extensión de la aplicación de la «doctrina Botín»); la generalización de un modo de crítica destemplada, como la llamada al cese del juez español integrante del TEDH tras una sentencia incómoda que era perfectamente previsible...

El beneficiario en España de esta política judicial, dirigida con mano de hierro (o palo de madera) para controlar quién accede a qué puestos y articulada siguiendo las innovaciones salidas del feracísimo cuerno del *berlusconismo*, no es un personaje concreto. Pero los fines difícilmente pueden ser muy diferentes a los de su directa inspiración, habida cuenta de la coincidencia en los medios: se trata de librar a una política encenagada en una profunda crisis de legitimación, por su ineficacia, manifiesta en la crisis y el desigual reparto de sus consecuencias sociales, y por el considerable número de sus profesionales enfrentado a procesos penales, en un control que de teóricamente incómodo ha virado ya a preocupantemente cercano.

No es seguro, pero sí probable, que sea parte de una política más amplia de vaciamiento sustancial de la configuración constitucional del poder judicial, conforme a medidas ya ejecutadas o anunciadas: de una involución hacia la democracia *ma non troppo* que Fassone caracteriza como una «democracia autoritaria» en el «otoño de los derechos»⁵⁴.

b) LA HIPÓTESIS DE LA CONTINUIDAD CON RECORTES

Cabe también una hipótesis alternativa: que la reforma haya sido realmente una respuesta a las críticas anteriores al Consejo, con algunos elementos añadidos. Que su motor haya sido en verdad una reacción frente a la actividad sustancialmente política de una parte de sus

⁵⁴ Fassone, 29 a 31.

vocales en cada periodo —y de la francamente ociosa de los otros— y frente al crecimiento del órgano como manifestación de la biología de las organizaciones, que no por haber devenido inútiles dejan de procurarse nuevos competencias y recursos para sobrevivir.

En esta línea, es posible que a una reforma que buscaba simplemente aligerarlo de funciones, autonomía y espacio institucional se hayan añadido otros afanes: dar una palmada —legislativa— sobre la mesa, para llamar al orden a un colectivo crecientemente bullicioso; evitar nuevas experiencias como la del Consejo de 2008 —autogobernado por la mayoría judicial hasta que su segundo presidente ayudó a recomponer una mayoría proministerial—; dejar al cuidado de un grupo dirigente más reducido y de confianza el uso del palo y la administración y disfrute de las zanahorias...

Abona esta tesis que, como se ha señalado, el nuevo Consejo se haya ajustado —sin que, como advierte el nuevo presidente, la mayoría tuviera por qué hacerlo— a la pauta de los anteriores en la distribución de los nombramientos y en la elaboración de sus informes sobre propuestas legislativas del gobierno.

El nuevo presidente ha sostenido esta hipótesis: «este CGPJ no es distinto del que surgió en 1985 y la sentencia del Tribunal Constitucional lo avaló»⁵⁵. Lo primero es así sustancialmente; lo segundo no es tan claro: se ha defendido la inconstitucionalidad efectiva del modelo precisamente porque su práctica efectiva incurre en el supuesto que el Tribunal Constitucional planteaba como antimodelo.

Si fuera así, resulta inevitable preguntarse si para este viaje era precisa la alforja de semejante reforma. Porque si la práctica resulta idéntica a la del modelo anterior, lo será su valoración: ni esos criterios son los constitucionales de mérito y capacidad, ni la motivación es la adecuada, ni el órgano habrá ganado eficacia alguna en su decepcionante desempeño de su función constitucional.

2. *El narcisismo de la política y las reformas necesarias*

Con todas sus disfunciones nuevas y recicladas, la reforma del Consejo tiene poco que ver con lo que necesita el sistema jurisdiccional. Convertir en asunto político de primera fila quién y cómo elige a los vocales del Consejo, cómo se deciden los nombramientos o si el gasto de un órgano ineficaz resulta inferior al del antiguo, igualmente inane, pa-

⁵⁵ Entrevista a Carlos Lesmes.

rece *vieja política*: la que intenta ganar visibilidad y sumar unos puntos atacando un problema fácil, aunque tenga poco o ningún efecto sobre los problemas reales. Porque el *problema de la justicia* es de eficacia y de organización.

Que la reforma no siga las propuestas de una parte de los constitucionalistas o de las asociaciones de jueces no es sorprendente: es también la experiencia de los teólogos cuando descienden a la realidad de la práctica de la jerarquía eclesial, o la de los profesores de Ciencia Política cuando miran la de su objeto de estudio.

Entre los desengañados por el resultado vuelve a plantearse como alternativa el cambio en el sistema de elección de los vocales. Es una posición extendida: incluso el nuevo presidente participó en una propuesta al respecto, pero, explica, «la fórmula que diseñamos no ha sido testada porque el Gobierno» [sic], «legítimamente, optó por otro modelo»⁵⁶. Hasta la asociación Jueces para la Democracia ha asumido esta posición en su último congreso.

Constitucionalistas de buena voluntad oponen que si los jueces eligen a doce de sus veinte integrantes, el Consejo perderá legitimidad democrática, será *corporativo*: dejar la elección del órgano de gobierno de la judicatura a los jueces favorece «el corporativismo en sentido propio, que no es la defensa de los intereses de la categoría —lo que, en principio, es perfectamente legítimo— sino intentar hacer pasar los intereses de categoría como interés general»⁵⁷. Un sector judicial minoritario añade las razones reiteradas desde los años ochenta: la legitimidad de una política idealizada frente al corporativismo atribuido a los jueces y una concepción de la democracia concebida en términos rousseauianos.

Con la casi unánime valoración negativa sobre el sistema actual, la razón de más peso en favor de un cambio quizá sea la de *probar otra cosa*. Con pocas esperanzas, porque cualquier novedad puede usarse para que ocurra lo de siempre. Pero abriendo una oportunidad para un sistema con más candidatos, más transparente y competitivo, por si entre los designados resulta haber unos cuantos empeñados en hacer lo que es debido. Porque lo decisivo para el cambio que requiere el Consejo es *el factor humano*.

Pero es dudoso que el cambio en el sistema de designación sea la solución —y que merezca la pena invertir la energía precisa en esa y no en otras reformas menos vistosas, pero más necesarias—: de la organi-

⁵⁶ Entrevista a Carlos Lesmes.

⁵⁷ Díez-Picazo, 11.

zación de la oficina judicial, de la planta judicial y del modo de provisión, de la interconexión de los sistemas informáticos y la simplificación procedimental.

Los *rankings* internacionales de eficacia de los sistemas jurisdiccionales siguen situando al nuestro entre países del Tercer Mundo —lo que no atrae inversiones, pero hace las delicias del *Economist* de Londres cuando analiza cómo se distraen sus competidores potenciales del Sur de Europa. Todo esto en medio de una crisis —de la economía, la moneda, el país, la Unión Europea— que obliga a revisarlo todo, a coger la realidad por los cuernos. No por los dos cuernos (no suele ser tan sencilla), sino por los innumerables cuernos, cuernecillos y tentáculos de la sociedad de los hombres, con su afán de poder, su vanidad y su pereza.

3. *La (última) esperanza de regeneración: el factor humano y el Derecho Administrativo*

En definitiva, la efectiva independencia de los jueces es «un hecho cultural» más que institucional⁵⁸, fuertemente vinculada a «la maduración cultural y profesional de las personas que ejercen funciones judiciales». Ciertamente, la conciencia de las garantías de independencia «no asegura que todos los magistrados ejerzan sus funciones de modo técnicamente correcto». Pero cuando más reforzadas se encuentren aquellas, «más probable será un incremento del número de magistrados que operen libres de condicionamientos»⁵⁹. «Una cultura de la jurisdicción» en la que prime del derecho sobre el poder es un elemento básico en la historia del Constitucionalismo⁶⁰.

La posibilidad de regeneración del Consejo depende del *factor humano*: de que quienes desempeñan cargos representativos asuman comportamientos de independencia y dignidad y ejerzan sus poderes con lealtad a los fines constitucionales, cumpliendo las obligaciones que razonablemente llevan aparejados. Depende de que en la actual o en alguna futura configuración del Consejo se reúna un número suficiente de vocales que cobre conciencia de que su cargo es para servir a un fin constitucional y no a estrategias de poder: del pequeño poder que se invierte en un nombramiento concreto y del gran poder que quisieran los alquimistas que buscan un *control del poder jurisdiccional*

⁵⁸ Ferrajoli, 589.

⁵⁹ Pizzorusso (1999), 151 ss.

⁶⁰ Clavero, 14.

tan elusivo como la piedra de antaño. Y de que obren en consecuencia, aplicando el viejo Derecho Administrativo para garantizar la eficacia de los principios de selección para cargos y funciones públicas con arreglo a criterios de mérito y capacidad, la transparencia, la publicidad y la motivación que permite controlar el uso de los poderes públicos.

En un oficio escalafonado cuya labor es poner sentencias hay pocos méritos objetivables fuera de la antigüedad. Pero hay algunos. Lo que pasa es que encontrarlos requiere un esfuerzo como el que se aplica en los Estados Unidos: en el sistema norteamericano, universidades y medios analizan la obra entera de cada candidato. Los diversos comités y oficinas, parlamentarios y del ejecutivo, implicados en la selección judicial analizan cuidadosamente esos testimonios. Contribuyen también los colegios de abogados y hasta el FBI. Y los debates sobre designaciones judiciales se retransmiten por televisión. Se trata de poner la selección de los vocales, y luego la de los principales cargos judiciales, bajo los focos.

Nada es perfecto, ni se logra en un grado pleno. Pero en la práctica diaria de los jueces y tribunales de lo contencioso, como la de la mayor parte de los organismos de las administraciones públicas españolas, se aprecia un esfuerzo por asegurar su vigencia que contrasta llamativamente con la práctica recurrente del Consejo.

VII. **La fe en el Derecho como último bastión**

La realidad del Consejo tiene poco que ver con una concepción del poder cualitativamente democrática: con la cultura de la división y la limitación del poder, la complejidad y el pluralismo. El optimismo que desde la generación de Ortega y Azaña había visto en la Europa del Norte —liberal, próspera, bien organizada, protegida por una red de justicia social— un modelo y objetivo está dejando paso a una nueva conciencia: de nuestra vecindad, no sólo geográfica, a la Italia del *berlusconismo*; de que no es descartable una decadencia como la argentina; de una deriva hacia un sistema democrático de baja calidad y garantías menguantes.

Es una evolución coherente con una socialización política de muy escasa calidad liberal, con preocupantes semejanzas con la España de la Restauración —por más que la lucha de todos contra todos que ha traído esta tercera globalización haga menos apacible la modorra oligárquica y más probable un despertar brusco, incómodo e inseguro—.

García Roca y Esteve Pardo han escrito que nuestro sistema constitucional se encuentra en una «situación de emergencia»: «apenas

podemos sostener el Estado social, las instituciones del Estado democrático están en declive» y llaman a luchar «al menos, por mantener en pie el Estado de derecho»⁶¹ —al que la *fe en el Derecho* llevó a Calamandrei a considerar el último bastión frente a la barbarie⁶²—. Las líneas, o las posiciones en este debate, no discurren conforme a la división tradicional entre la izquierda y la derecha o entre el conservadurismo y la reforma. Que funcionen los instrumentos de control y garantía es una cuestión previa, fundamental: pre-política⁶³.

Lo que cabe esperar de los próximos años no mueve al optimismo. Analistas cercanos a la oposición no han visto esta reforma con malos ojos. Quizá porque son optimistas y piensan que alguna vez volverán a formar ellos el Gobierno —olvidando que, ideales constitucionales aparte, la falta de frenos legales y de autolimitación del poder refuerza a quien lo tiene y reduce las posibilidades de alternancia. La cultura política española aconseja ponerse en lo peor: la mejor prueba para una institución es imaginarla desde la minoría.

La prisa que se han dado los partidos —incluso los que habían criticado duramente la LO 4/2013 durante su tramitación parlamentaria y el que ha recurrido su constitucionalidad— en sumarse al acuerdo de reparto de los puestos en el nuevo Consejo no es un buen augurio sobre lo que vendrá cuando cambie el turno. Y ha permitido al ministro impulsor de la reforma y luego al nuevo presidente atribuir a la reforma el apoyo de todos los que tan pragmáticamente han pasado de los discursos a los hechos.

Es verdad que los defectos del sistema de garantía institucional de la independencia judicial no van a traer la revolución⁶⁴: es un asunto demasiado alejado de la vida diaria, cuya apreciación requiere un grado de abstracción. Pero alimenta el malestar, ante una recurrente sensación de privilegio en el tratamiento legislativo y procesal de personajes públicos y episodios de corrupción o fraudes masivos. Una ley o una institución de garantía que no sirven para moderar y controlar al poder, sino al poder mismo, son patentes de corso para el abuso.

Proponer como horizonte utópico que los vocales del Consejo cumplan los deberes de su cargo con lealtad a su función constitucional,

⁶¹ Esteve Pardo y García Roca.

⁶² Calamandrei.

⁶³ Flores d'Arcais, 23 s.

⁶⁴ Aunque el Consejo y la independencia judicial fueron tratados por el movimiento del 15-M: el autor de estas notas tuvo la curiosidad de comprobarlo en los documentos expuestos al público por los acampados en la Puerta del Sol de Madrid en la primavera de 2011.

asumiendo la ley y los principios constitucionales, «puede parecer obvio e incluso banal». Pero son requisitos fundamentales, porque las consecuencias de su omisión se refieren «a la división de poderes y al imperio de la ley, principios que se sostienen mutuamente y que son esenciales para el buen gobierno» —como lo son «los frenos y contrapesos, incluso, o especialmente, cuando su vigencia efectiva sólo puede producirse como consecuencia de la autolimitación»—⁶⁵. Flores d'Arcais recuerda que *Mani pulite* no planteó una cuestión política, sino una «pre-política», ya resuelta en los regímenes democráticos liberales occidentales: la de la primacía de la legalidad y la división de poderes⁶⁶.

El Estado de la globalización se enfrenta a un doble reto: demostrar que sigue siendo eficaz para proteger a sus ciudadanos de las consecuencias de la deslocalización del trabajo, la desregulación de los movimientos de capitales y la nueva concentración del poder en las corporaciones transnacionales, asegurándoles las condiciones no sólo de supervivencia establecidas por las constituciones del estado social y democrático; y que es capaz de protegerse a sí mismo de sus dirigentes extractivos y sus extensas clientelas, mediante un sistema de depuración de la ilegalidad que le permita conservar el prestigio imprescindible para legitimar su poder.

La función del Consejo General del Poder Judicial en este proceso es limitada, pero no desdeñable: no solamente no contribuye a reforzar la independencia de los concretos jueces y tribunales en el ejercicio de sus funciones, sino que desmoraliza y suma en el malestar a la gran mayoría de los jueces y magistrados y erosiona su legitimación ante una opinión pública crecientemente consciente de la realidad. De la ineficacia del Consejo como órgano de gobierno y garantía y del sistema político en su conjunto para hacer efectivos los valores constitucionales de libertad, igualdad, justicia y pluralismo político.

Del Consejo designado en 2013 cabe esperar poco: su configuración férreamente mayoritaria y presidencial apenas deja resquicios, más allá de los que voluntariamente conceden el presidente y su mayoría para demostrar que «este CGPJ no es distinto del que surgió en 1985». La minoría se ha dividido entre la parte más cercana a la política, que ha sido cooptada para los puestos retribuidos de la comisión permanente y concurre con su asentimiento a las decisiones de la mayoría; y una minoría que trata de dejar testimonio de su oposición, en condiciones precarias.

⁶⁵ Mount, 90 s.

⁶⁶ Flores d'Arcais, 23 s.

El nuevo Consejo no es más austero: reduce la función, las posibilidades de actuación y hasta la propia presencia física de la mayoría de los vocales; pero ha creado, a las órdenes del presidente, nuevos órganos y un nuevo cuerpo de letrados. Su modelo es la dirección general de un ministerio antiguo, rígidamente jerarquizado y estratificado. Lo inspira la administración de los Austrias, no el constitucionalismo liberal, que quiso crear con el Consejo General del Poder Judicial un órgano plural, sencillo y abierto, que debata y alcance soluciones colegiadas para asegurar la libertad de los jueces, no su control con los recursos primarios de la inquietud y el privilegio. Lo inspiran principios de poder, control y jerarquía, no uno de libertad. Garantiza el poder de su presidente, no la libertad de los jueces.

Su reforma forma parte de un proceso más amplio —nacional y global— de concentración oligárquica del poder, de limitación de los derechos y garantías que puedan limitarlo o facilitar su control, de reforzamiento de una estratificación social basada en la desigualdad y el privilegio. Que se justifica farisaicamente como una política inevitable, consecuencia de una *necesidad* de austeridad tras la que se vela, y se alimenta, un programa político literalmente reaccionario: porque el privilegio, la desigualdad, la concentración del poder y el reforzamiento de su arbitrariedad son rasgos característicos del Antiguo Régimen⁶⁷.

El nuevo Consejo permite alimentar, en fin, una única esperanza: que la próxima, indefectible, reforma quizá sea la primera que no logre empeorarlo.

Bibliografía

- Andrés Ibáñez, Perfecto / Movilla Álvarez, Claudio (1986). *El Poder judicial*. Madrid: Tecnos.
- Andrés Ibáñez, Perfecto. «El Consejo en sus manos». En *El País*, 20.9.2008
- Aparicio, Miguel Ángel (1995). *El «status» del Poder judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*. Barcelona: Universitat de Barcelona y Ministerio de Justicia e Interior.
- Asociación de Jueces Francisco de Vitoria. «Comunicado». En <http://www.ajfv.es> (17.3.2014).
- Blyth, Mark (2013). *Austerity. The history of a dangerous idea*. Oxford: Oxford University Press.
- Borrelli, Francesco Saverio (2002a). *Relazione del procuratore generale di Milano*. Inaugurazione dell'anno giudiziario 2002.

⁶⁷ Veca, 4-18.

- Borrelli, Francesco Saverio (2002b). «Sulla giustizia e dintorni». En *MicroMega*. n.º 1/2002.
- Calamadre, Pietro (ed. española 2009). *Fe en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Clavero, Bartolomé (1988). «Presentación». En Matteucci, Nicola: *Organización del poder y libertad*, Madrid: Trotta.
- Díez-Picazo, Luis María (2002). «Encuesta». En *Teoría y realidad constitucional*, núms. 8-9, 2.º semestre de 2001 y primer semestre de 2002. Madrid: UNED.
- El País* (editorial). *Malos consejos*, 8.11.1990.
- El País*: *Jueces y médicos van a la huelga para frenar a Berlusconi*, 10.2.2004.
- «Entrevista a María Teresa Fernández de la Vega». En *El País*. Romero, J.M. y Aizpeolea, Luis (5.10.2008).
- «Entrevista a Michele Vietti». En *Corriere della Sera*. Giuseppe Guastella (23.01.2014).
- «Entrevista a Carlos Lesmes». En *El Mundo*. Alberto di Lolli y María Peral (17.3.2014).
- Esteve Pardo, Juan y García Roca, Javier. «Algo estamos haciendo mal». En *El País* (20.02.2014).
- European Commission (2014). *EU Justice Scoreboard 2014*.
- Fassone, Elvio (2012). *Una Costituzione amica*. Milano: Garzanti.
- Ferrajoli, Luigi (1990). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Flores d'Arcais, Paolo (2002). «La rivoluzione liberale di Mani Pulite». En *MicroMega*, n.º 1/2002.
- Foro Judicial Independiente. «Comunicado». En <http://forojudicial.es/wpfi/> (17.3.2014).
- Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patricia (1999). *Los jueces y la política*. Madrid: Taurus.
- Ibarra Robles, Juan Luis (2002). «Tópicos políticos y deslegitimación del Poder judicial. El caso de los jueces en la Comunidad autónoma del País Vasco». En *Teoría y realidad constitucional*, núm. 8-9, primer semestre de 2002. Madrid: UNED.
- Íñiguez Hernández, Diego (2007). «Los frágiles cimientos de la “cultura de la independencia judicial” en la Historia constitucional española», en Altmann, Werner / Vences, Ursula. *Por España y el mundo hispánico. Festschrift für Walther L. Bernecker*. Berlín: Walter Frey.
- Íñiguez Hernández, Diego (2008). *El fracaso del autogobierno judicial*. Madrid: Thompson/Civitas y Fundación Alfonso Martín Escudero.
- Jueces para la Democracia. «Comunicado». En <http://www.juecesdemocracia.es> (17.3.2014).
- Jueces para la Democracia. «Actas del congreso celebrado en Oviedo», 17 y 18.6.2014. En <http://www.juecesdemocracia.es>
- López Aguilar, Juan Fernando (1999). «¿Hacen política los jueces?». En *Claves de razón práctica*, núm. 96, octubre de 1999.

- Lucas Murillo de la Cueva, Pablo (2002). «Encuesta». En *Teoría y realidad constitucional*, núms. 8-9, 2.º semestre de 2001 y primer semestre de 2002. Madrid: UNED.
- Lucas Murillo de la Cueva, Pablo (2013). «La posición constitucional del Consejo General del Poder Judicial y sus relaciones con los órganos constitucionales». En Gerpe Landín, M. y Cabellos Espiérrez, M.A. (coords.). *El gobierno del Poder Judicial en el Estado autonómico*, Madrid: Marcial Pons.
- Madison, James, Hamilton, Alexander y Jay, J. (1788). *The Federalist Papers*. Londres: Penguin.
- Marini, Luigi (2006). «La contrarreforma del ordenamiento judicial en Italia». En *Jueces para la Democracia: información y debate*. Núm. 57. Noviembre de 2006.
- Montero Aroca, Juan (1990). *Independencia y responsabilidad del juez*. Madrid: Civitas.
- Mount, Ferdinand (1993). *The British Constitution Now*. Londres: Mandarin.
- Nieto García, Alejandro (2004). *El desgobierno judicial*. Madrid: Trotta.
- Nieto García, Alejandro (2010). *El malestar de los jueces y el modelo judicial*. Madrid: Trotta.
- Parada Vázquez, Ramón (1996). «El desgobierno judicial». En *El País* (1.5.1996).
- Parada Vázquez, Ramón (2007). *Derecho del empleo publico*. Madrid: Marcial Pons.
- Paredes, Javier (1991). *La organización de la Justicia en la España liberal. Los orígenes de la carrera judicial*. Madrid: Civitas y Asociación Profesional de la Magistratura.
- Pizzorusso, Alessandro (1996). *La Costituzione. I valori da conservare, le regole da cambiare*. Turín: Einaudi.
- Pizzorusso, Alessandro (1995). «La experiencia italiana del Consejo Superior de la Magistratura». En *Jueces para la Democracia: información y debate*, n.º 24, noviembre de 1995.
- Pizzorusso, Alessandro (1999). *La Costituzione ferita*. Roma: Laterza.
- Rodríguez Zapata, Juan (2002). «Encuesta». En *Teoría y realidad constitucional*, núms. 8-9, 2.º semestre de 2001 y primer semestre de 2002. Madrid: UNED.
- Sabán Godoy, Alberto (1991). *El marco jurídico de la corrupción*. Madrid: Civitas.
- Sacksofsky, Ute (2014). «Wellen der Empörung: Das Bundesverfassungsgericht und die Politik». En *Merkur*, agosto de 2014.
- Sylos Labini, Paolo (1995). *La crisi italiana*. Roma: Laterza.
- Sylos Labini, Paolo (2003). «L'assalto all'autonomia della magistratura e alla libera stampa e la rottamazione delle istituzioni». En *Berlusconi e gli anti-corpi*. Roma: Laterza.
- Tribunal Constitucional. Sentencia 108/1986, de 29 de junio.
- Veca, Salvatore. *Non c'è alternativa*. Roma: Laterza. 2014.
- Yoldi, José (2014). «Empatar a estupidez». En *El País* (24.3.2014).
- Wikipedia, «"Gatopardismo" y política».

Los Tribunales provinciales de instancia en la proyectada reforma de la LOPJ. Una antítesis de un proceso de decisión legislativa racional

Ignacio José Subijana Zunzunegui

Magistrado. Presidente de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa

I. La presente aportación tenía por objeto el análisis de la regulación de los Tribunales Provinciales de Instancia en la anteproyectada reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, ALOPJ). Sin embargo, el cambio político operado en el Ministerio de Justicia (todos los integrantes del equipo ministerial anterior, incluido el Ministro, han sido cesados) y la enmienda a la totalidad del programa de gobierno anterior que ha supuesto la comparecencia, el pasado 15 de octubre de 2014, del nuevo Ministro de Justicia ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, exige un cambio de planteamiento expositivo. Y es que uno de los compromisos del nuevo Departamento de Justicia, para el tramo final de legislatura en el que nos encontramos es la presentación al Consejo de Ministros, para su pronta remisión a las Cortes Generales, de un Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial que abordará distintos aspectos de la organización judicial. Y el modelo organizativo que se propone es radicalmente diferente al pergeñado en el Anteproyecto que, en principio, le sirve de antecedente, dado que se anuncia el mantenimiento de la estructura actual del modelo judicial por lo que se refiere a la demarcación, siendo así que la desaparición de los municipios y los partidos judiciales y la coetánea instauración de la provincia como nueva demarcación judicial era, quizás, el elemento nuclear sobre el que se cimentaba la anteproyectada nueva organización judicial Y para fundamentar este cambio radical de los criterios de la política legislativa se ofrecen tres motivos:

- i) El primero, empírico, es la necesidad de realizar un análisis muy profundo acerca del impacto geográfico, demográfico, económico y de todas clases que tendría una transformación de las demarcaciones judiciales.

- ii) El segundo, programático, es la consideración de los partidos judiciales como elementos que permiten prestar un servicio público de Justicia conforme a un criterio de proximidad hacia el ciudadano.
- iii) El tercero, simbólico, es la valoración de los partidos judiciales como testimonio de la presencia del Estado en todo en todo el territorio nacional, con la consiguiente garantía de que el imperio de la Ley actúa por igual en todas partes.

Precisamente, la evidencia de que el mismo Gobierno ofrezca sin solución de continuidad en el ejercicio de su iniciativa legislativa propuestas tan disímiles sobre la organización judicial es lo que justifica que mi análisis se centre en realizar una reflexión sobre la racionalidad de las decisiones legislativas¹ tomando como referente, precisamente, lo acontecido con la anteproyectada reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial respecto a la nueva organización judicial. El análisis se ceñirá, en todo caso, a los Tribunales de Instancia, motivo de mi invitación a este entrañable y excelso foro.

II. Una decisión legislativa tiene como precedente una disfunción social necesitada de algún tipo de ajuste normativo. Desde esta perspectiva la disfunción social equivale a una falta de relación entre una determinada situación social, económica o cultural y la respuesta (o la ausencia de respuesta) que a ella le confiere el sistema jurídico. Por ello un proceso de decisión legislativa racional es aquél en el que existe una adecuada secuenciación de la decisión que diferencie entre:

- i) el análisis de la realidad social existente;
- ii) las disfunciones sociales detectadas;
- iii) los objetivos a perseguir y
- iv) los medios a disponer para la consecución de los fines pretendidos.

De esta manera, la racionalidad equivale a la capacidad para mantener con un sector de la realidad social una interacción que es coherente con los datos que constituyen tal realidad y que conocemos. La racionalidad, así entendida, tiene cuatro planos o vectores: el ético, el democrático, el teleológico y el pragmático.

La racionalidad ética abarca el conjunto de principios compartidos por la comunidad social y que, como tales, forman parte del coto

¹ Se sigue, a estos efectos, el esquema planteado por J.L. Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 86 y ss.

vedado a la disidencia en cuanto ajenos a discursos centrados en debatir su existencia. En un Estado de Derecho tales principios se identifican, básicamente, con el derecho al proceso debido o con todas las garantías.

La racionalidad democrática contiene las exigencias de un debate participativo y deliberativo en el proceso de creación de la decisión legislativa, en el que, cuanto menos, intervengan los actores políticos que representan a la comunidad social en sus diversos estratos representativos.

La racionalidad teleológica se centra en la formulación de los objetivos que se persiguen con la elaboración de la ley, fines que se estiman no se alcanzan con la legislación existente y que, sin embargo, se considera que se obtienen con las modificaciones que se pretenden introducir.

La racionalidad pragmática examina el grado de eficacia y efectividad en la consecución de los objetivos perseguidos con la confección de la ley a través de los medios e instrumentos puestos a disposición de lo pretendido.

III. La racionalidad ética conlleva la exigencia de que la organización judicial sea respetuosa con dos exigencias constitucionales: el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y la independencia judicial. Forma parte de lo indecible en el plano legislativo la necesidad de que quien confiera la tutela jurídica no sea designado para un caso concreto sino que venga definido con carácter previo y general como órgano resolutorio de los conflictos similares a los que se pretende heterocomponer, y, además, sea un tercero neutral que no venga condicionado por elementos de poder *ad intra* o *ad extra* que puedan comprometer su exclusiva sujeción al Derecho.

Conforme a la doctrina constitucional, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley exige:

- i) que el órgano judicial haya sido creado previamente por la ley;
- ii) que la ley le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial;
- iii) que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo como un órgano excepcional;
- iv) que la composición del órgano judicial venga determinado por la ley y que, en cada caso concreto, se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente.

Pues bien, en la proyectada organización del Tribunal de Instancia se contemplan dos situaciones difícilmente compatibles con el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. La primera, prevista en el artículo 120.3 ALOPJ, cuando cabe que la Sala de Asuntos Generales pueda acordar, de oficio o a instancia del Juez instructor, ora al inicio del procedimiento e, incluso, posteriormente, que la instrucción de los procedimientos por delitos que ordinariamente corresponde a una Unidad Judicial (el Juez de Garantías de Instrucción) la realice una Sección colegiada atendiendo a criterios tan etéreos como:

- i) el extraordinario volumen de la causa;
- ii) la extraordinaria complejidad técnica, ya sea por las características concurrentes en la causa o por la naturaleza del delito;
- iii) el elevado número de personas imputadas, o las dificultades derivadas de la excesiva duración de la instrucción.

Para introducir mayor indefinición en la delimitación de los criterios de la decisión se elabora una norma de cierre extremadamente abierta: cuando, aun no concurriendo el carácter excepcional de las circunstancias mencionadas, la valoración conjunta de todas ellas haga aconsejable la instrucción colegiada. Es claro que, en estos casos, el órgano predeterminado por la ley para instruir la causa por delito resulta sustituido por otro (incluso la novación puede producirse una vez iniciado el proceso) a partir de una decisión discrecional de la Sala de Asuntos Generales fundada en criterios carentes de una mínima objetividad.

La segunda, contenida en el artículo 163 ALOPJ, cuando prevé que puedan ser llamados a formar Sala todos los jueces que la componen, aunque la ley no lo exija, cuando el Presidente o la mayoría de aquellos, lo estimen necesario para la Administración de Justicia. De esta forma, cabe la posibilidad que un asunto encomendado a una Unidad Judicial sea avocado al Tribunal colegiado, con la consiguiente alteración del órgano predeterminado por ley para su conocimiento.

La independencia judicial, como elemento integrante del estatuto jurídico del juez y magistrado, es una garantía de los ciudadanos que se traduce en que los Jueces y Tribunales únicamente están sometidos al imperio del Derecho, sin interferencias de poderes ajenos al derivado de la sujeción exclusiva y excluyente al propio ordenamiento jurídico. Gráficamente se ha dicho que independencia judicial y sumisión al imperio de la ley son el anverso y el reverso de la misma medalla. A estos efectos, la Constitución prevé diversos mecanismos para asegurar la independencia de los jueces y magistrados: la inamovilidad (artículo 117.2 CE), la reserva de ley orgánica para determinar la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como

el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados y su régimen de incompatibilidades (artículos 112.1 y 127.2, ambos CE).

La independencia jurisdiccional no debe provocar, sin embargo, inseguridad jurídica. La seguridad jurídica, uno de los principios constitucionales contenidos en el artículo 9.1 CE, obtiene su máximo rendimiento —a modo de mandato de optimización— cuando converge la certeza en la redacción de las normas jurídicas con la previsibilidad en su proceso de aplicación. En este escenario es cuando se acrecienta la confianza de los ciudadanos en la igualdad ante la ley (y no debe perderse de vista que los estudios sociológicos sobre la Justicia reflejan que en la percepción que tienen los ciudadanos de que todos no somos iguales ante la ley se encuentra uno de los elementos deficitarios de la credibilidad como sistema judicial). No en vano la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del derecho (STC 49/1999, FJ 4) es un elemento capital en la sensación colectiva de que el poder no se ha ejercitado de forma arbitraria.

El fomento de la seguridad jurídica se ha perseguido, hasta el momento, con tres instrumentos jurídicos:

- i) el carácter vinculante de la doctrina del Tribunal Constitucional (artículo 5.1 LOPJ);
- ii) la función uniformadora de la jurisprudencia del Tribunal Supremo complementando el ordenamiento jurídico con la doctrina reiterada fijada en la interpretación y aplicación de las fuentes del derecho (artículo 1.6 del Código Civil); y
- iii) la tutela constitucional ofrecida por la prohibición de la discriminación en la aplicación de la ley (artículo 14 CE).

De forma novedosa, el artículo 164 ALOPJ añade como nuevo recurso jurídico unificador el Pleno jurisdiccional para la unificación de criterios exegéticos. El supuesto que legitima su convocatoria por el Presidente/a de Sala del Tribunal Provincial de Instancia es que los Jueces que integran la citada Sala sostuvieren en sus resoluciones diversidad de criterios interpretativos en la aplicación de la ley en asuntos sustancialmente iguales. El objetivo del Pleno es unificar el criterio hermenéutico. El Pleno estará conformado por todos los Jueces de la Sala que por reparto conozcan de la materia en la que la discrepancia se haya puesto de manifiesto. En estos casos, los Jueces aplicarán la ley conforme a la interpretación que resulte de la resolución o resoluciones dictadas por el Pleno jurisdiccional de su respectiva Sala. Esta vinculación desaparece en dos supuestos: cuando las resoluciones sean revocadas en virtud de recurso o entren en manifiesta contradicción con

la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este último caso, deberán plantear una cuestión jurisprudencial previa.

Esta previsión ha sido criticada desde la perspectiva de la independencia judicial, al entender algunos sectores doctrinales que la vinculación de los jueces al criterio hermenéutico fijado por el Pleno jurisdiccional limita su independencia judicial, en la medida que los jueces y tribunales en el ejercicio de la función jurisdiccional únicamente están sometidos al imperio de la Constitución y de la Ley. Creo que concebida la independencia judicial como un garantía del ciudadano, y no como una prerrogativa de los jueces, la confianza que en los integrantes de la comunidad genera que los casos sustancialmente idénticos se resuelvan de forma similar, al reflejar un trato igualitario en la aplicación de la ley, justifica la existencia de un remedio, como el Pleno jurisdiccional vinculante, encaminado a crear seguridad jurídica. Además la vinculación no es absoluta, dado que cesa cuando el criterio ha sido enmendado en sede jurisdiccional por un Tribunal de grado superior (supuesto de revocación) o cuando existe una contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Supremo o una duda fundada de constitucionalidad en la ley aplicable, supuestos, estos dos últimos, en los que el juez deberá plantear la cuestión jurisprudencial previa o la cuestión de constitucionalidad. Tema distinto, que no se desenvuelve en el marco constitucional, como la independencia, sino en el seno del desarrollo infraconstitucional, es que una medida, como la diseñada, pueda favorecer un anquilosamiento jurisdiccional al limitar, a través de la vinculación, las posibilidades de adecuar los criterios exegéticos de las normas a una cambiante realidad social, cerrando, de esta manera, toda posible evolución jurisprudencial. Sin embargo, un cambio social detectable constituye un contexto novedoso que puede justificar que se defienda que el caso ya no es idéntico al que motivó el Acuerdo del Pleno jurisdiccional, lo que privaría de sentido axiológico a la vinculación y posibilitaría una nueva divergencia exegética que legitimaría un replanteamiento de la cuestión en un nuevo Pleno jurisdiccional. Sería, en este caso, un marco de incertidumbre que pudiera tildarse de tolerable para permitir una adecuación de la aplicación judicial de las leyes a la realidad social.

IV. La racionalidad democrática precisa de un proceso de participación y deliberación en la que, como mínimo, intervengan los agentes políticos con competencias definidas en la definición de la organización judicial. En el Estado autonómico configurado por la Constitución Española la racionalidad democrática en la determinación de la organización judicial precisa de un debate político en el que intervengan de ma-

nera activa las Comunidades Autónomas (singularmente aquellas con competencias en materia de Justicia) en aras a conseguir un mínimo consenso sobre el que edificar el organigrama jurisdiccional. Y, sobre tal extremo, más allá de las declaraciones de unos y de otros, la falta de consenso lo anuncia el propio ALOPJ cuando difiere la constitución y el funcionamiento de la organización judicial de nuevo cuño al momento que determine la Ley de Demarcación y Planta Judicial (disposición transitoria primera) y, de forma complementaria, diseña un itinerario con las siguientes fases e intervinientes:

- i) en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley, las Comunidades Autónomas con competencias asumidas remitirán al Gobierno una propuesta de organización en materia de demarcación judicial correspondiente a su ámbito territorial y competencial, propuesta que se ajustará a los criterios establecidos en la ley, plazo en el que, también serán oídas sobre la propuesta del Ministerio de Justicia las Comunidades Autónomas que no tuviesen competencias asumidas;
- ii) todas las propuestas referidas deberán contar con el informe favorable del Consejo General del Poder Judicial en cuanto a su adecuación a las previsiones organizativas de la Ley;
- iii) todo ello permitirá que el Gobierno, en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la Ley, remita a las Cortes Generales el Proyecto de Ley de Demarcación y Planta Judicial.

Es decir, todo el edificio proyectado precisa para su implementación de la aprobación de leyes futuras que precisan del consenso político que ahora se ha hurtado. Desde el prisma de la racionalidad democrática no parece asumible que agentes políticos, como las Comunidades Autónomas, hayan quedado orillados del diseño de la organización judicial y que, por ello, no se haya dibujado un esquema organizativo en el que se integren, de forma armónica, la planta —es decir, los tipos o las clases de órganos a los que se va a encomendar el ejercicio de la potestad jurisdiccional—, la plantilla —número de jueces que integran cada una de las clases de órganos— y la demarcación —distribución de las clases de órganos conforme a la estructura territorial del Estado—. De esta manera el modelo propuesto para los Tribunales Provinciales de Instancia es difuso e indefinido, en la medida que, no obstante la apuesta por la provincia como demarcación territorial, con la consiguiente desaparición de los partidos judiciales, su diseño definitivo depende en el ALOPJ de, entre otras, una decisión futura transcendente: la determinación de la existencia y número de las sedes desplazadas, de todas o algunas de las Salas del citado Tribu-

nal. De hecho el ALOPJ prevé la posibilidad, que deberá plasmarse en la Ley de Demarcación y Planta Judicial (decisión legislativa en la que sí está prevista la intervención de las Comunidades Autónomas), de sedes desplazadas de todas o algunas de las Salas de los Tribunales Provinciales de Instancia en aquellas localidades y municipios del territorio provincial en el que, a la entrada en vigor de la LOPJ, estuviesen radicadas sedes judiciales distintas de los Juzgados de Paz (es decir, fueran cabezas de partido judicial). Para ello, indica que se valorarán de forma conjunta circunstancias que atienden a criterios tan disímiles como:

- i) las características de la población (volumen y dispersión de la misma en el territorio provincial);
- ii) las condiciones del transporte (distancia de la sede desplazada a la capital de la provincia, tiempo de desplazamiento en transporte público desde la sede desplazada a la capital de la provincia, especiales características orográficas o geográficas del territorio provincial, y, singularmente, las que dificulten los desplazamientos a la capital de la provincial, insularidad del territorio provincial); y
- iii) la carga de trabajo (relevancia de la carga de trabajo de los órganos judiciales).

La ausencia de racionalidad democrática en el ALOPJ que comentamos lo denuncia de forma implícita el nuevo Ministerio de Justicia cuando traslada que el análisis de los cambios referidos a la demarcación judicial requerirá la participación de partidos políticos, Administraciones públicas, Comunidades Autónomas, operadores jurídicos, organizaciones sociales etc. Es obvio, por lo tanto, que se estima que la demarcación judicial debe ser objeto de un proceso deliberativo en el que, cuanto menos, intervengan todos los actores institucionales que tienen competencia política en materia de Justicia.

V. La racionalidad teleológica tiene como prisma axiológico la determinación de los objetivos que se persiguen con la confección de la ley. Una exégesis de la Exposición de Motivos del ALOPJ permite perfilar como objetivo social cuya consecución se pretende con la norma proyectada un sistema judicial que:

- Reduzca los tiempos de respuesta.
- Esté especializado.
- Genere seguridad jurídica.
- Sea eficiente.

La consecución de estos objetivos posibilitará el cumplimiento de lo que el primer párrafo de la Exposición define como un deseo social. Se formula en los siguientes términos: «La sociedad actual exige un alto grado de eficiencia y agilidad en el sistema judicial pues no puede olvidarse que una Justicia eficaz, además de garantizar el respeto de los derechos fundamentales de todos y de facilitar la paz social, es un elemento estratégico para la actividad económica de un país y contribuye de forma directa a un reforzamiento de la seguridad jurídica y a una reducción de la litigiosidad».

Es incuestionable que un sistema judicial que sea ágil en la respuesta, goce de una alta calidad argumental en sus decisiones, sea predecible y, además, gestione adecuadamente los recursos puestos a su disposición, constituye, en principio, un modelo idóneo para generar una tutela judicial efectiva y eficiente. A ello convendría añadir que se tratase de una justicia accesible y cercana a los ciudadanos, sobre todo a los más vulnerables. Da la sensación que este objetivo social no forma parte del elenco de los pretendidos por la iniciativa legislativa que examinamos. Y, esta proximidad al ciudadano es sumamente relevante en dos de los órdenes jurídicos afectados por la provincialización jurisdiccional: el civil —donde se ejercitan nuestros derechos en entornos tan cotidianos como la familia o la comunidad de vecinos, o tan sensibles como el hábitat en el que desplegamos nuestras vidas o tan frecuentes, como los contratos con los que adquirimos bienes y servicios— y la instrucción penal —donde se postulan muchas actuaciones urgentes para lograr una protección inmediata de derechos e intereses legítimos de indudable rango constitucional—. A su vez, esa cercanía es un instrumento necesario en una forma de hacer justicia que ya forma parte del sistema judicial del siglo XXI: la mediación intrajudicial como una de las técnicas de justicia restaurativa.

Ahora bien, las exigencias de la racionalidad teleológica no pasan, únicamente por el anuncio de los objetivos sociales cuya consecución se pretende y la valoración de los mismos como adecuados para la evolución de la comunidad, sino que precisa, para su adecuada evaluación:

- i) un aporte de los datos empíricos que reflejen que lo que se pretende no se consigue reforzando lo que se tiene, sin tener que acudir a una organización radicalmente diferente;
- ii) un estudio riguroso de la viabilidad de su consecución, que haga factible, por lo tanto, su realización con los medios propuestos; y
- iii) una memoria económico-financiera que denote que se está en condiciones reales de asumir el compromiso de inversión que requiere la ejecución de lo pretendido.

VI. La racionalidad pragmática examina el grado de eficacia y efectividad en la consecución de los objetivos perseguidos con la confección de la ley. La ausencia de todo elemento empírico en la justificación del nuevo modelo hace que, en este plano, la valoración de la eficacia y efectividad de los medios propuestos se efectúe desde un prisma estrictamente analítico. Y, desde esta perspectiva, las dudas sobre la eficacia y la efectividad vienen ya severamente condicionadas por los déficits provenientes de la racionalidad ética, democrática y teleológica. No en vano el modelo que se ofrece para los Tribunales Provinciales de Instancia:

- i) presenta notas de fricción con garantías estructurales del proceso debido como el juez ordinario predeterminado por la ley o la independencia jurisdiccional;
- ii) está ayuno del consenso político e institucional imprescindible para su implantación;
- iii) además, esta falta de consenso provoca que se tenga que obtener el mismo en la Ley de Planta y Demarcación Judicial, lo que puede conllevar que el modelo nunca entre en vigor (porque no se aprueba la Ley de Planta y Demarcación Judicial), o que el modelo responda a una provincialización máxima (si todas las Salas del Tribunal Provincial de Instancia se concentran en la capital de provincia), una provincialización media (si alguna de las Salas del Tribunal Provincial de Instancia se desplaza) o mínima (si todas las Salas del Tribunal Provincial de Instancia se desplazan); y
- iv) finalmente, no se perfila como un objetivo nítido de la nueva organización su accesibilidad a los ciudadanos, sobre todo los más desfavorecidos.

Todo ello lleva a afirmar, sin ambages, que la racionalidad pragmática sufre severas limitaciones.

VII. Lo que sí me parece incuestionable es que una organización judicial eficiente transita necesariamente por la colegiación de los jueces. La implementación gradual de un modelo de oficina judicial —el diseñado por las leyes 1/2009 y 13/2009— que transita de la compartimentación de las oficinas judiciales en Juzgados y Tribunales funcionalmente aislados e incommunicados entre sí, con lo que ello supone de fragmentación y dispersión de esfuerzos y recursos, a estructuras de servicios comunes que sirven de hábitat instrumental al ejercicio de la función jurisdiccional, resulta inacabado si no viene acompañada de una colegiación del entramado jurisdiccional. A este respecto comparto

la valoración que hace el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en su informe al ALOPJ, cuando afirma que «... con la organización colegiada, los incrementos de trabajo podrán ser abordados de otras formas, como, por ejemplo, con el refuerzo de los servicios comunes, o incorporando varias secciones o unidades con una sola oficina judicial que sirva a todas ellas., y cuando señala, también que «... la creación e instauración de los TPI presenta una serie de aspectos positivos en la mejora de la Administración de Justicia, por cuanto que: a) permite una mayor racionalización y economía de los medios materiales y personales; b) resulta coherente con el modelo de oficina judicial diseñado por las LO 1/2009 y 13/2009, c) favorece la especialización de los órganos judiciales y d) contribuye a la seguridad jurídica».

Estimo que con la colegiación la organización judicial:

- i) gana en elasticidad y consiguiente adaptación permanente a los cambios;
- ii) favorece la implantación de estructuras de trabajo más flexibles y dúctiles a las modificaciones;
- iii) posibilita una profundización en la especialización para afrontar la creciente complejidad de los conflictos y, finalmente,
- iv) permite la implantación de estructura de composición de conflictos de corte no adversarial.

Esta colegiación puede descansar en una demarcación en Partidos Judiciales en la primera instancia del orden civil y de la instrucción penal, manteniendo los órganos de enjuiciamiento penal, contencioso-administrativo y social, así como la Audiencia Provincial con su vigente configuración provincial. Lo que sí procedería, en su caso, es garantizar de forma plena la doble instancia penal, mediante la atribución a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del conocimiento de los recursos de apelación frente a las sentencias de las Salas de lo Penal de las Audiencias Provinciales en única instancia (siguiendo, a estos efectos, el modelo instaurado por la Ley del Jurado).

No parece necesario, por lo tanto, acudir, a un modelo como el pretendido en el ALOPJ de Tribunal Provincial de Instancia como órgano judicial de primer grado:

- i) en todos los órdenes jurisdiccionales (civil, penal, contencioso-administrativo y social) y
- ii) con jurisdicción que se extiende al ámbito provincial.

Y es que ese modelo, ayuno de datos empíricos que reflejen su racionalidad teleológica y pragmática, conllevaría consecuencias tan drásticas como

- i) En el plano orgánico, la desaparición de los Juzgados de Paz, los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, Mercantil, Violencia sobre la Mujer, Penal, Contencioso-Administrativo, Social, Menores, Vigilancia Penitenciaria y las Audiencias Provinciales.
- ii) En el plano territorial, la eliminación de los Municipios y los Partidos como Demarcaciones Judiciales.

Parece razonable que la colegiación siga descansando en un modelo de unidades judiciales en la primera instancia (con la excepción del enjuiciamiento de delitos graves y jurado) y de Secciones Colegiadas en el segundo grado jurisdiccional.

Es racional, en términos teleológicos y pragmáticos, que, tal y como contemplaba el ALOPJ, puedan existir Unidades o Secciones judiciales especializadas para el conocimiento de determinados asuntos siempre que se justifique su existencia por razón del volumen de asuntos o de la materia. Su establecimiento competiría al Consejo General del Poder Judicial, a propuesta de la Sala de Gobierno del TSJ respectivo, publicándose su creación en el BOE. En todo caso, habrá que convenir que, además de en los casos referidos (volumen de asuntos o de la materia que por decisión del Consejo General del Poder Judicial exijan tal especialización) deberán existir Unidades o Secciones Judiciales especializadas, en todo caso, y sin precisar una resolución del Consejo General del Poder Judicial, cuando lo exija una ley sustantiva o procesal. Desde esta perspectiva debería existir una Unidad o Sección especializada: en materia mercantil, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal; en materia de familia, conforme a lo dispuesto en la Disposición final de la Ley 11/1981, de 13 de mayo y la Ley 30/1981, de 7 de julio; en materia de violencia sobre la mujer conforme a lo dispuesto en la LO 1/2004, de 28 de diciembre; en materia de Vigilancia Penitenciaria a la luz de lo dispuesto en la LO 1/1979 y, finalmente, en materia de menores conforme a lo regulado en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Además, es plausible, en el orden penal, la especialidad para el enjuiciamiento de los delitos socioeconómicos y la ejecución de las penas y las medidas de seguridad.

En todo caso, la existencia de Unidades o Secciones judiciales especializadas no impide la atribución a las mismas del conocimiento de asuntos ordinarios de la Sala correspondiente atendiendo a la distribución de la carga de trabajo en ésta, conforme a los criterios de reparto aprobados por la Sala de Gobierno. Por lo tanto, la especialización es exclusiva —corresponde a las Unidades o Secciones especializadas el conocimiento de la materia abarcada por la especialización— pero no

excluyente —no excluye que, además, conozcan de los asuntos no especializados competencia de la Sala de la que forman parte—.

Finalmente, en el plano gubernativo, es un objetivo loable, y por tanto, integrante de la racionalidad teleológica, que las funciones gubernativas sean ejercidas por personas con un nivel de representatividad apreciable en los jueces y magistrados. Por ello, estimo que debe existir un elevado componente electivo en las estructuras de gobierno del poder judicial, sin que sea plausible, tal y como pretendía el ALOPJ, una laminación de las Juntas de Jueces y los Decanatos y su sustitución por nombramientos discrecionales realizados por el Consejo General del Poder Judicial.

El presidente del Tribunal provincial de instancia: luces y sombras

Reyes Goenaga Olaizola

Presidenta de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Bizkaia

I. Introducción

Al tiempo en que redacto estas líneas volvemos a situarnos en un escenario de incertidumbre en cuanto a la anunciada reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El reciente cambio del titular del Ministerio de Justicia, así como de su equipo más cercano, y las declaraciones que ha realizado el nuevo Ministro, auguran de nuevo reformas profundas sobre el diseño y estructura básicas del poder judicial, sin que en este momento conozcamos con seguridad si el Anteproyecto de ley que es objeto de estudio en estas jornadas tendrá o no continuidad.

Algunos de nosotros hemos recibido este obligado intermedio con alivio, puesto que la norma que se avecinaba suponía una reforma, que sin dejar de ser necesaria, se presentaba como radical, excesiva y no basada precisamente en el consenso de los colectivos implicados y directamente afectados por ella.

Aun así, abordaré la cuestión que me ha sido asignada sobre la base del Anteproyecto que en este momento está sobre la mesa, y siendo fiel al título de mi intervención, trataré de destacar los aspectos positivos y negativos de la figura del Presidente del Tribunal Provincial de Instancia (en adelante TPI) en la convicción de que, como toda institución que se analice, admite varias perspectivas.

La primera aproximación que hay que hacer es que el Presidente del TPI debe sus peculiaridades, según veremos, a la novedad del tribunal en sí. Como ya se ha analizado en otras intervenciones, la nueva estructura se configura como aglutinadora de todos los órganos unipersonales y colegiados de ámbito provincial. Se distribuye en diferentes Salas correspondientes a las cuatro jurisdicciones (además de la Sala de asuntos generales) y en cuanto a su estructura interna de funcionamiento parte de la implantación de la nueva oficina judicial, y

por lo tanto de la superación del antiguo paradigma del juzgado tradicional.

Con su creación como nueva superestructura judicial, se producen dos efectos inevitables: la desaparición de las Audiencia Provinciales, y la desaparición de las Juntas de Jueces y de los Decanatos. Todo ello queda ahora integrado y gestionado por la figura del nuevo Presidente, al que le acompañan las figuras de los Presidentes de las diversas Salas.

Anticipándome en la labor de desbroce de lo positivo y lo negativo de la nueva figura, apuntaré que los *aspectos positivos* tienen mucho que ver con la racionalización del reparto entre órganos judiciales, superando antiguas estructuras y superando herencias en algunos órganos judiciales, que los convierten de manera casi irremediable en permanente fuente de atrasos. Tienen que ver también con la labor unificadora en cuanto a lo jurídico, que resulta tan necesaria para que se ofrezca a los ciudadanos una justicia de calidad. Nadie entiende que en asuntos similares se ofrezcan respuestas jurídicas tan diversas, y no solo entre los órganos unipersonales, sino que ello ocurra en el ámbito de los órganos de apelación, lo que es mucho más incomprensible y mucho más grave. Los aspectos positivos tienen que ver, finalmente, con las posibilidades de sustitución interna dentro del propio Tribunal, lo que permite superar viejas disfunciones relacionadas con un abuso de la justicia interina. En todas estas materias la labor de los Presidentes, bien de Sala o del propio TPI, es muy relevante.

Por el contrario, los *aspectos más dudosos* o más criticables tienen que ver, en primer lugar, con el propio concepto de superestructura (ideada en cierto modo a semejanza de una fiscalía), donde sobrevuela cierto intento de control y es la figura de los presidentes la que sirve de instrumento para garantizarlo. Tienen que ver con la excesiva injerencia de esta figura en la labor jurisdiccional, con su forma de nombramiento, con sus posibilidades de modificar las composiciones de las Salas, con las posibilidades de decidir que un asunto sea conocido por un tribunal y no por un juez único (instrucción colegiada), con las posibilidades de que una cuestión jurídica se plantee o no al Tribunal Supremo, o con el carácter vinculante de los acuerdos adoptados en los plenos de las Salas.

Con la lectura de algunos preceptos del Anteproyecto surgen dudas sobre la posible afectación de dos principios esenciales para el correcto funcionamiento del estado de derecho: la independencia judicial y la inamovilidad de los jueces.

II. Normativa básica

Comenzaremos el análisis exponiendo el contenido de los preceptos que regulan de manera específica la labor de los Presidentes.

Artículo 277. Presidente del Tribunal Provincial de Instancia

El Presidente del Tribunal Provincial de Instancia ostenta la representación del Poder Judicial en la provincia, siempre que no concurra el Presidente del Tribunal Supremo o el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Artículo 278. Funciones del Presidente del Tribunal Provincial de Instancia

1. Corresponde al Presidente del Tribunal Provincial de Instancia en el ámbito de sus competencias dirigir la inspección ordinaria del Tribunal, adoptar las medidas precisas para el buen orden y funcionamiento del mismo, velar por el correcto reparto de los asuntos de acuerdo con las normas aprobadas por la Sala de Gobierno, cuidar de la composición de las Salas, Secciones y Unidades Judiciales y oír las quejas que les hagan los interesados en causas o pleitos, adoptando las prevenciones necesarias.

2. En el ejercicio de estas competencias el Presidente del Tribunal Provincial de Instancia está jerárquicamente subordinado a los órganos de gobierno superiores.

Como reflexión diremos que, desde la perspectiva del trabajo diario, queda reservada a los Presidentes del TPI una función fundamental de representación a nivel provincial, que sería equiparable a la que ostenta el Presidente del TSJ a nivel de la Comunidad Autónoma. Y le corresponden también labores generales de organización y gestión de la estructura provincial que supone el propio tribunal, que como hemos visto, incluye órganos unipersonales y colegiados de las cuatro jurisdicciones. Y esta labor de gestión la realiza en aspectos esenciales como son la inspección de los tribunales, las cuestiones de reparto y la composición de las Salas, secciones y unidades judiciales.

Algunas de sus funciones, además, se ponen en coordinación con las correspondientes a las Salas de Gobierno, que actúa a propuesta de aquél en alguna de sus decisiones (al igual que ocurre en la actualidad los Presidentes del TPI son miembros natos de la Sala de gobierno. Si además las Salas del TPI superan los veinte jueces, sus Presidentes formarán parte también de la Sala de Gobierno).

Pero, como veremos a continuación, son los Presidentes de Sala del Tribunal Provincial de Instancia los que desempeñan funciones mucho más directas, más ejecutivas y más extensas, como no podía ser de otro

modo vista la magnitud y la complejidad de un órgano en el que conviven unidades judiciales y secciones de tan diversa naturaleza y ámbito jurisdiccional.

Artículo 281. Funciones de los Presidentes de Salas

1. Los Presidentes de las Salas de Justicia tendrán en sus respectivos órganos jurisdiccionales la dirección e inspección de todos los asuntos, adoptarán, en su ámbito competencial, las resoluciones que la buena marcha de la Administración de Justicia aconseje, darán cuenta a los Presidentes de los respectivos Tribunales de las anomalías o faltas que observen y ejercerán las funciones disciplinarias que les reconozcan las leyes procesales sobre los profesionales que se relacionen con el Tribunal.

Artículo 284. Supervisión del reparto de asuntos

Corresponde a los Presidentes de las Salas del Tribunal Provincial de Instancia resolver con carácter gubernativo interno las cuestiones que se planteen en materia de reparto y corregir las irregularidades que puedan producirse, adoptando las medidas necesarias y promoviendo, en su caso, la exigencia de las responsabilidades que procedan.

Artículo 285. Otras funciones

1. Los Presidentes de las Salas velarán por la buena utilización de los locales judiciales y de los medios materiales; cuidarán de que el servicio de guardia se preste continuamente; adoptarán las medidas urgentes en los asuntos no repartidos cuando, de no hacerlo, pudiera quebrantarse algún derecho o producirse algún perjuicio grave e irreparable; oírán las quejas que les hagan los interesados en causas o pleitos, adoptando las prevenciones necesarias, y ejercerán las restantes funciones que les atribuya la ley.

2. En todo caso, corresponde a los Presidentes de las Salas de los Tribunales Provinciales de Instancia:

- a) Resolver en única instancia los recursos gubernativos que quepa interponer contra las decisiones de los Letrados de la Administración de Justicia en materia de reparto.
- b) Poner en conocimiento de la Sala de Gobierno, por conducto del Presidente del Tribunal Provincial de Instancia, toda posible anomalía en el funcionamiento de servicios comunes procesales de su territorio.
- c) Resolver cuantos recursos les atribuyan las leyes procesales.

Artículo 286. Presidencia del Pleno de la Sala

1. El Presidente de la Sala ostentará ante los poderes públicos la representación de la Sala y presidirá el Pleno de la misma para tratar

asuntos de interés común relativos a la actividad jurisdiccional de los Jueces destinados en dicha Sala.

2. Este Pleno habrá de convocarse por el Presidente cuando lo considere oportuno y siempre que lo solicitare al menos la mitad de los Jueces que forman la Sala.

III. **Primer aspecto relevante: desaparecen órganos gubernativos electivos**

Una vez expuesta la normativa de las figuras que analizamos, la reflexión más inmediata es que desaparecen dos órganos gubernativos de carácter electivo o representativo, como son los Jueces Decanos y las Juntas de Jueces, de tal manera que la única posibilidad de intervención de los jueces en la elección de sus órganos de gobierno es la de los miembros electivos de la Sala de Gobierno, que se mantiene prácticamente idéntica a la actual.

Me parece relevante reproducir un fragmento del informe que el CGPJ ha elaborado sobre el Anteproyecto y que fue aprobado por el Pleno del Consejo el pasado 24 de junio. En él el Consejo del Poder Judicial se muestra muy crítico con este aspecto y señala en concreto:

Teniendo en cuenta la naturaleza, democrática y electiva, de estos dos órganos de gobierno interno, las relevantes funciones que vienen realizando, y el hecho de que se encuentran fuertemente arraigados en la cultura de gobierno interno de los órganos de primera instancia, podría no ser del todo acertada la medida de su supresión; sin que pueda entenderse que otros órganos que aparecen en el esquema del Anteproyecto resultan sustitutivos o herederos de aquéllos. Es el caso de los Plenos de las Salas de los TPI y de los Presidentes de Sala de los TPI.

427. Por lo que se refiere a los Plenos de las Salas de los TPI, es fácil ver su naturaleza tan distinta de las Juntas de Jueces, ya que según el art. 286 del Anteproyecto «podrán tratar asuntos de interés común relativos a la actividad jurisdiccional de los Jueces destinados en dicha Sala». Eso significa que carecen por completo de competencia para tratar aspectos de carácter gubernativo... Por lo demás, dichos Plenos sólo abarcarán a los Jueces destinados en cada una de las Salas del TPI, lo que los aleja del formato de las Juntas de Jueces, que no tienen por qué ceñirse a los Jueces que sirvan en órganos del mismo orden jurisdiccional, y que pueden comprender a todos los Jueces de una misma provincia, o incluso de una Comunidad Autónoma (arts. 169 y 170 LOPJ).

428. En cuanto a los Presidentes de Sala de los TPI, si bien es cierto que por el catálogo de funciones que se les encomiendan, resulta más fácil trazar su correlación con los actuales Decanos, lo cierto es que la asimilación dista mucho de ser perfecta, fundamentalmente porque en ningún caso está prevista que la designación de aquéllos se efectúe de forma electiva.

Y más adelante, el informe insiste sobre esta idea:

Debemos reiterar la conveniencia de reconsiderar la opción de no conservar ningún órgano de gobierno unipersonal de carácter electivo. La figura del Juez Decano —se le dé ésta u otra denominación— está fuertemente arraigada y viene cumpliendo una importante función de vertebración de la Carrera, sobre todo en los primeros niveles de la misma. El peso del que gozan los Decanos y su capacidad para actuar como órgano catalizador de la Carrera nunca podrá ser asumido por un órgano que, si bien puede estar dotado de las mismas o parecidas potestades gubernativas, carecería de la legitimidad que le otorga el hecho de haber sido elegido por sufragio de los propios compañeros de cada población. En cualquier caso se echa en falta, tanto en la MAIN como en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, una explicación a propósito de la desaparición de esta figura, tal y como hoy día la conocemos.

IV. Segundo aspecto relevante: el nombramiento y el cese de los Presidentes

Artículo 368. Provisión de plazas de Presidentes y Presidentes de Salas

1. Los Presidentes de los Tribunales Provinciales de Instancia se proveerán por un período de cinco años, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, entre Jueces que tengan reconocida una antigüedad en la Carrera Judicial de al menos quince años.

2. Los Presidentes de las Salas de los Tribunales Provinciales de Instancia, salvo en los casos en que corresponda al de mayor antigüedad, se proveerán por un período de cinco años, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, entre Jueces que tengan reconocida una antigüedad en la Carrera Judicial de al menos diez años. Cuando cesaren en su cargo quedarán adscritos a la Sala en la que prestaren servicios.

Dispone el art. 342 que el nombramiento de los Presidentes de los Tribunales de Instancia es de carácter discrecional, con arreglo a las normas de la convocatoria.

Por el contrario en el caso de los Presidentes de las diversas Salas del Tribunal, sólo será discrecional cuando no haya más de veinte jueces.

Artículo 282. Designación de los Presidentes de Sala de los Tribunales Provinciales de Instancia

1. En las Salas de los Tribunales Provinciales de Instancia donde haya más de veinte Jueces, el Presidente de la Sala será designado por el Consejo General del Poder Judicial en la forma y durante el tiempo establecido para los Presidentes de Sala de los restantes Tribunales.

2. En los demás casos desempeñará la Presidencia de la Sala el Juez destinado en la misma que tenga mejor puesto en el escalafón.

Vista la normativa que regula el nombramiento de los diversos Presidentes, vemos que se trata de órganos de designación discrecional en su gran mayoría. Dado que las diversas Salas incluyen unidades judiciales y secciones colegiadas de cada jurisdicción, lo más habitual será que las Salas sobrepasen en número de los veinte jueces, único caso que permite la designación al Juez más antiguo en el escalafón.

Ya hemos visto que el Anteproyecto, si bien concibe a los Presidentes de Sala como figuras equiparables en parte a los actuales Decanos, suprime la posibilidad de designación electiva por los propios compañeros. Pero además de esta cuestión relevante a la que volveré, entiendo que la extensión de la designación discrecional a un mayor número de cargos gubernativos entraña en sí misma ciertos riesgos que merece la pena poner de relieve.

Para centrar la cuestión, hay que remontarse al órgano que decide sobre los nombramientos de carácter discrecional: el CGPJ. La exposición de motivos del Anteproyecto que estamos analizando nos recuerda que se mantiene la forma de nombramiento de los Vocales del Consejo del Poder Judicial que se introdujo con la última reforma:

El Libro IV, atinente al Consejo General del Poder Judicial, pasa a incorporar, con escasas modificaciones, la nueva estructura y organización del Consejo fruto de la reforma llevada a cabo con la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, y cuyas principales notas son, entre otras:

- a) El mantenimiento de las atribuciones del Consejo General del Poder Judicial y la potestad reglamentaria en los términos que se prevén en la Ley.
- b) El diseño de un nuevo sistema de elección de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial que *pretende garantizar la máxima posibilidad de participación en el proceso de todos y*

cada uno de los miembros de la carrera judicial, estén o no asociados, y que atribuye al Congreso y al Senado, como representantes de la soberanía popular, la responsabilidad de la designación de dichos Vocales.

- c) El establecimiento de un mecanismo para la eliminación de situaciones de bloqueo en la constitución del Consejo General del Poder Judicial.

Hemos subrayado una parte del texto porque ésta es la idea esencial que pretendemos destacar. Esta nueva forma de nombramiento de los Vocales, por mucho que la Exposición de Motivos afirme que pretende garantizar la máxima posibilidad de participación de los jueces en el proceso, supone en la práctica la nula participación de aquellos en la decisión. Los Vocales son nombrados por el Congreso y el Senado, es decir, por los grupos políticos, distinguiéndose entre Vocales de procedencia judicial y no judicial, pero con el mismo modo de designación, por completo ajeno al colectivo judicial. No es el momento de analizar este modo de designación, pero me limitaré a constatar que puede responder al intento de los grupos políticos de controlar de alguna manera la labor judicial.

Si esto es así, y yo creo que lo es, y es el Consejo General del Poder Judicial el que procede a realizar los nombramientos discrecionales a través de los concursos de méritos que se convocan regularmente, podrían surgir riesgos de extensión de ese intento de control hacia la estructura judicial en su conjunto. La cuestión quedaba antes detenida en los Jueces Decanos, y en la labor de las Juntas de Jueces, dos instituciones en las que participaban únicamente los jueces y magistrados, tanto en su elección en el caso del Decano, como en el propio funcionamiento representativo en el caso de las Juntas, con unas labores gubernativas a nivel de los órganos unipersonales de indudable relevancia en ambos casos.

Del informe del CGPJ, reproduzco un extracto sobre el modo de nombramiento de los Presidentes de Sala del TPI. El propio informe echa en falta la designación por los jueces, ya que su figura se puede asemejar a la de los Decanos:

Podría establecerse un sistema de elección por los Jueces de las Unidades y Secciones judiciales que integran la Sala, al modo de la elección de los actuales Jueces Decanos (artículo 166 LOPJ), que desaparecen en el Anteproyecto. Esto permitiría una forma de participación de los Jueces en la carrera judicial y en su gobierno, sin merma de los órganos de gobierno.

Y a todo lo expuesto sobre los riesgos de injerencia política en la labor judicial, que simplemente apunto como preocupación o como inte-

rogante, debe acompañarse una reflexión final, que confirmaría esta misma idea.

El cese de los Presidentes, tanto del TPI como de las Salas, cuando hayan sido nombramientos discrecionales (más de veinte jueces), puede ser *por pérdida de confianza* según el art. 351 del Anteproyecto. No podemos dejar de cuestionarnos a qué se refiere el anteproyecto. ¿Cabría que los criterios para el cese no fueran estrictamente de gestión o de eficacia? (piénsese que el propio precepto introduce otro motivo de cese «por notoria incapacidad, o incumplimiento grave de los deberes del cargo»). ¿Significa esto que los criterios de designación, como los de cese, pueden ser «de confianza», y no de mérito y capacidad con arreglo a las bases de la convocatoria, como dice el propio texto legal? ¿No es ésta una mención que puede generar disfunciones?

Nunca se había planteado esta posibilidad de cese. Si tuviéramos que dar al precepto alguna explicación, podríamos entenderla algo más en un puesto como el del Presidente del TPI, que con una exención importante de su labor jurisdiccional, puede tener una función más representativa, o de coordinación de las diversas Salas, pero en los casos del Presidente de Sala, que en principio mantienen unas funciones más directamente relacionadas con la función jurisdiccional o de organización judicial, nos resulta disfuncional. En todo caso, es una nueva muestra del afán de control, que se nos presenta como una constante en el Anteproyecto.

Completaré esta reflexión con la cita de la sentencia del Tribunal Constitucional 108/1986 que a pesar de que se refería al sistema anterior de designación de los Vocales del Poder judicial, apuntaba a un riesgo que es completamente actual y describe muy ajustadamente la sensación a la que me refiero a lo largo de este artículo:

Ciertamente, se corre el riesgo de frustrar la finalidad señalada de la norma constitucional si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en éste, atiendan sólo a la división de fuerzas existentes en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los diversos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos.

Y añade que «la lógica del Estado de partidos empuja a actuaciones de este género, pero esa misma lógica obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, y señaladamente, el Poder Judicial».

En palabras de Pablo Manuel Cachón Villar, Magistrado del Tribunal Supremo:

Justamente, frustrando la finalidad y el espíritu de la norma constitucional, el Parlamento y los Partidos Políticos han venido actuando inalterablemente con criterios interesados y meramente partidistas, procediendo a la designación de vocales previa distribución y asignación entre sí de cuotas de poder al efecto. Y ello ha contribuido decisivamente, sin duda, a la formación de un sentimiento generalizado de politización de la justicia.

Estas palabras no contienen crítica de la actuación de los sucesivos consejos ni de la actuación de sus respectivos vocales.

Son una crítica de la actuación de quienes, teniendo la responsabilidad de estas designaciones, han impedido, por falta de visión de Estado, el desarrollo eficaz del sistema que establecía la LOPJ.¹

La nueva normativa permite que estos riesgos, que ya se vislumbraban hace dos décadas, sigan vigentes.

V. Otros aspectos relevantes: las funciones de los Presidentes

Lo dicho hasta ahora ya deja entrever que la nueva normativa atribuye a los Presidentes, tanto del Tribunal de Instancia como de las diversas Salas, labores de gestión y de organización de los tribunales muy relevantes, como no puede ser de otra manera en una estructura como la que nos ocupa.

En este sentido y si nos remontamos al inicio de este texto, no pueden dejar de apreciarse aspectos positivos en sus competencias, puesto que un tribunal semejante necesita de órganos de gobiernos con competencias extensas y bien definidas.

Por otra parte, no cabe duda de que el reparto provincial de asuntos y la flexibilidad que permite el propio Tribunal en cuanto a la sustitución de sus miembros por ejemplo, o en cuanto a la unificación de criterios jurídicos, exige una regulación que sea acorde con esa flexibilidad o que permita desarrollar esa labor en beneficio de la seguridad jurídica. Y no cabe duda de que corresponde a los Presidentes organizar estas cuestiones.

Pero también veremos, al tratar de cada aspecto en concreto, que el modo en que han sido regulados algunos de estos aspectos incide en la idea de estructura «controlada» que sobrevuela al leer algunos artículos del Anteproyecto. Veremos así que en algunas de las materias,

¹ Pablo Cachón Villar, «La ubicación del Poder Judicial entre los poderes del estado», *Estudios de Derecho Judicial*. 1998.

que antes también se regulaban en la LOPJ, hay matices que orientan a este control o que directamente lo apuntan de manera abierta. Estas son las sombras a las que hacemos referencia en el título de la ponencia y que trataremos de analizar a continuación.

1. Aprobación de las normas de reparto

Es quizás el apartado menos llamativo de la reforma, pues reproduce básicamente el esquema actual. En la actualidad las normas de reparto de los órganos unipersonales se aprueban anualmente en la Juntas sectoriales por cada orden jurisdiccional y se proponen para su aprobación definitiva por la Sala de Gobierno. En el ámbito provincial, se aprueban en Junta de magistrados y el Presidente de la Audiencia Provincial las eleva para su aprobación en Sala de Gobierno.

Con el Anteproyecto corresponde igualmente a la Sala de Gobierno la aprobación de las normas de reparto de asuntos entre las distintas Unidades y Secciones judiciales de las Salas de los Tribunales Provinciales de Instancia a propuesta del Presidente del Tribunal, oídos los Presidentes de Sala respectivos (art. 261).

Como se ve, una cuestión decisiva del funcionamiento de los tribunales queda en manos de los Presidentes, a diferencia de la situación actual en que la LOPJ da protagonismo a los colectivos de jueces y magistrados a través de sus Juntas correspondientes.

A los Presidentes corresponde también resolver las cuestiones que surjan en la aplicación de las normas de reparto, si bien el Anteproyecto distingue entre el Presidente del TPI, a quien corresponde «velar por el correcto reparto de los asuntos» (una especie de supervisión de la labor de los Presidentes de Sala, que no tiene correspondencia en la regulación actual) y los Presidentes de Sala, a quienes se les atribuye la «supervisión del reparto de asuntos», lo que se asemeja más a la labor actual de los Decanos.

2. La unificación de criterios

En la actualidad se vienen realizando reuniones de unificación de criterios, tanto en el ámbito de la justicia unipersonal, por medio de las Juntas sectoriales de jueces, como por medio de las reuniones de magistrados en las Audiencias Provinciales.

Pero nótese que en ambos casos se apunta sin más la existencia de estas reuniones y no hay mayor regulación: según la actual LOPJ

y el Reglamento 1/2000 de los órganos de gobierno de los Tribunales, art. 57, los Presidentes de las Audiencias Provinciales podrán convocar, bajo su presidencia, a los Magistrados de éstas, para la unificación de criterios y coordinación de prácticas procesales (art. 264 LOPJ), así como para aquellas otras cuestiones sobre las que decida recabar su parecer, por su propia iniciativa o a solicitud de al menos una tercera parte de los Magistrados de la Audiencia.

En el ámbito de la justicia unipersonal, señala el art. 62 del citado Reglamento: Los Jueces de cada orden jurisdiccional podrán reunirse en Junta, bajo la presidencia del Decano, para proponer las normas de reparto entre los mismos, unificar criterios y prácticas y para tratar asuntos comunes o sobre los que estimaren conveniente elevar exposición a la Sala de Gobierno correspondiente o al Consejo General del Poder Judicial por conducto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia, o cuando aquél les solicitare informe. Y el art. 65 establece como una de las funciones de las juntas sectoriales tratar de unificar criterios en cuestiones jurídicas comunes o generales, *con estricto respeto a la independencia judicial de cada uno de sus miembros en materias jurisdiccionales*.

Y dispone como otra función de las Juntas sectoriales unificar prácticas y criterios de actuación en los aspectos de organización de la oficina judicial o de realización material de los actos procesales. Los acuerdos [...] serán vinculantes para todos los Jueces afectados, en tanto se refieran al gobierno de los Juzgados, *sin que en modo alguno puedan condicionar el ejercicio de la jurisdicción*.

Como vemos en la regulación actual, y desde luego en la práctica actual, se tiene en máxima consideración la independencia judicial y el criterio de cada Juez o Tribunal en materia jurisdiccional y sólo son vinculantes en su caso las cuestiones orgánicas. La actual regulación es parca y apunta a la unificación de criterios como un objetivo deseable, asumiendo conscientemente que en esta disyuntiva entre seguridad jurídica e independencia judicial, debe prevalecer ésta última.

Ahora veremos cómo regula esta cuestión el Anteproyecto. Como se ve, el tono es bien distinto, fundamentalmente por la consideración de los acuerdos adoptados como vinculantes (en materia jurisdiccional) y por la vinculación al propio precedente. Prevalece la seguridad jurídica como objetivo prioritario.

Artículo 164. Pleno jurisdiccional para unificación de criterios

1. En los casos en que los Jueces de una Sala de Tribunal Provincial de Instancia, Tribunal Superior de Justicia o Audiencia Nacional sostuvieren en sus resoluciones diversidad de criterios interpretativos

en la aplicación de la ley en asuntos sustancialmente iguales, podrá el Presidente de la Sala respectiva convocar Pleno jurisdiccional para que conozca de uno o varios de dichos asuntos al objeto de unificar el criterio.

2. Formarán parte de este Pleno todos los Jueces de la Sala correspondiente que por reparto conozcan de la materia en la que la discrepancia se hubiera puesto de manifiesto.

3. *Los Jueces aplicarán la ley conforme a la interpretación que resulte de la resolución o resoluciones dictadas por el Pleno jurisdiccional de su respectiva Sala, salvo que sean revocadas en virtud de recurso o entren en manifiesta contradicción con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en cuyo caso deberán plantear cuestión jurisprudencial previa conforme a lo previsto en esta Ley.*

A continuación, por su interés, reproduzco lo que dice el informe del CGPJ sobre este punto, en el que se muestra bastante crítico:

Algún sector de la doctrina ha mantenido que los Plenos jurisdiccionales vinculantes no son la vía adecuada para lograr la unidad de respuesta judicial, por cuanto que, a priori, su carácter vinculante podría ser considerado como un obstáculo a la independencia judicial, ya que la sumisión del Juez tan solo es a la Ley y a su interpretación uniforme efectuada tanto por el TC como por el TS, de manera que, sostiene, que la seguridad jurídica debería obtenerse a través de los recursos, de modo especial, mediante la casación. Sin embargo, ese riesgo para la independencia judicial se desvanece si, manteniendo la vinculación de la decisión mayoritaria, se permite al Juez apartarse del criterio general, siempre que motive ese apartamiento o discrepancia; lo que el precepto analizado debería recoger de modo claro, ya que solo permite a los Jueces desvincularse del criterio interpretativo del Pleno jurisdiccional de su respectiva Sala, cuando el mismo haya sido revocado en un recurso o entre en manifiesta contradicción con la Jurisprudencia del TS, en cuyo caso, se dice, deberá plantear la cuestión jurisprudencial previa conforme a lo previsto en la Ley proyectada. Este último inciso que no estaba en la Propuesta de texto articulado de la LOPJ elaborado por la Comisión Institucional, parece desconocer que el artículo 33 del Anteproyecto no contempla entre los motivos de cuestión jurisprudencial previa este del artículo 164.3.

En consecuencia, de mantenerse el carácter vinculante de los Plenos para la unificación de criterios sería necesario prever la posibilidad del apartamiento del criterio mayoritario siempre que se motive de manera suficiente, quedando así salvaguardada la independencia judicial.

45. Por otra parte, se considera que debería establecerse, al modo como se prevé actualmente para la convocatoria de los plenos no jurisdiccionales (artículo 264.1 LOPJ) o de las Juntas de Jueces (ar-

título 169 LOPJ), la posibilidad de que estos plenos jurisdiccionales vinculantes pudieran convocarse también a petición de un determinado número de Jueces.

Como vemos, el Anteproyecto de ley tiene como objetivo prioritario la seguridad jurídica, lo que ya hemos apuntado que es en sí un objetivo loable, pues la diversidad de respuestas jurídicas en situaciones semejantes, resulta claramente disfuncional, supone un desconcierto considerable para el ciudadano afectado y perjudica notablemente la percepción de la administración de justicia por parte de la sociedad en general.

Además, con esta regulación, se garantiza la seguridad jurídica de manera transversal de acuerdo con la nueva estructura, pues los Plenos de cada Sala unificarán criterios de jueces de unidades judiciales y de secciones colegiadas.

Por lo tanto, aun admitiendo que la finalidad última es positiva, no puede admitirse el modo en que está regulada, puesto que se afecta sin duda a la independencia judicial. En mi opinión deben establecerse mecanismos de unificación de criterios que respeten al máximo y fomenten la discusión jurídica entre iguales y que admitan la disidencia debidamente justificada.

Para concluir este apartado reproduciremos un fragmento de la STC, Constitucional sección 1 del 19 de marzo de 2012 (ROJ: STC 37/2012), en el que se analiza la independencia judicial en la aplicación del derecho y la capacidad de los órganos judiciales de discrepar de los órganos superiores, guiados por la sujeción única a la ley, y contemplando como excepcional la vinculación a la doctrina fijada (de manera vinculante) en el recurso de casación en interés de ley por el Tribunal Supremo.

La independencia del poder judicial, que se predica de todos y cada uno de los Jueces y Magistrados en cuanto ejercen la función jurisdiccional, implica que, en el ejercicio de esta función, están sujetos única y exclusivamente al imperio de la ley, lo que significa que no están ligados a órdenes, instrucciones o indicaciones de ningún otro poder público, singularmente del legislativo y del ejecutivo. E incluso que los órganos judiciales de grado inferior no están necesariamente vinculados por la doctrina de los Tribunales superiores en grado, ni aun siquiera por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con la excepción, de la que seguidamente nos ocuparemos, de la doctrina sentada en los recursos de casación en interés de ley; todo ello sin perjuicio de hacer notar que toda jurisprudencia del Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE), comple-

menta el ordenamiento jurídico, conforme señala el art. 1.6 del Código civil, y tiene, por ello, vocación de ser observada por los Jueces y Tribunales inferiores, en los términos que después se expresan, a lo que ha de añadirse que la infracción de la jurisprudencia constituye motivo de casación en todos los órdenes jurisdiccionales.

Conforme a lo expuesto, la independencia judicial (art. 117.1 CE) *permite que los órganos judiciales inferiores en grado discrepen, mediante un razonamiento fundado en Derecho, del criterio sostenido por Tribunales superiores e incluso de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo* (art. 1.6 CC), si fuere el caso, sin que con ello se vulnere el principio de igualdad en aplicación de la ley, al tratarse de órganos judiciales diferentes (SSTC 160/1993, de 17 de mayo, FJ 2; 165/1999, de 27 de septiembre, FJ 6; y 87/2008, de 21 de julio, FJ 5, por todas), y tampoco el derecho a la tutela judicial efectiva, con la excepción, justamente, del supuesto de la doctrina legal que establezca el Tribunal Supremo al resolver el recurso de casación en interés de ley, precisamente por los efectos vinculantes que tiene para los órganos judiciales inferiores en grado, *supuesto excepcional* en que estos órganos judiciales quedan vinculados a la «doctrina legal correctora» que fije el Tribunal Supremo.

3. La inspección de los tribunales

En materia de inspección, el art. 289 establece que los Presidentes de los Tribunales Provinciales de Instancia dirigen la inspección ordinaria y vigilan el funcionamiento de las Salas y Secciones de sus Tribunales. 2. Los Presidentes de Sala y Sección de los mencionados Tribunales ejercerán la inspección ordinaria en su respectivo ámbito y aquellas otras funciones de carácter administrativo que les encomienden los Presidentes de sus Tribunales o el Consejo General del Poder Judicial.

Hasta aquí una regulación semejante a la actual, en la que los Presidentes realizan las labores de inspección de sus órganos. Pero la nueva regulación vuelve a caer en la tentación «controladora». El art. 292,2.º introduce una mención inquietante, que ha sido criticada por el propio Consejo en su informe:

1. La inspección comprenderá el examen de cuanto resulte necesario para conocer el funcionamiento del Tribunal y el cumplimiento de los deberes del personal judicial, atendiendo especialmente a las exigencias de una pronta y eficaz tramitación y resolución de todos los asuntos.

2. El ejercicio de la función jurisdiccional, no podrá ser objeto de aprobación, censura o corrección por el Servicio de Inspección, *sin perjuicio de las consecuencias disciplinarias que pudieran derivarse*.

Nos preguntamos si los Presidentes en su labor ordinaria de inspección (que por la proximidad puede ser más detallada que la que hace el propio Servicio de Inspección), podrían favorecer que se iniciaran consecuencias disciplinarias por actuaciones jurisdiccionales. El informe del CGPJ aconseja la supresión de este inciso, pues dice que «este último añadido resulta innecesario. En efecto, si el Juez, con ocasión del ejercicio de su función jurisdiccional, incurre en algún comportamiento merecedor de corrección disciplinaria, obviamente tendrá que hacer frente a las consecuencias que de ello pudieran derivarse».

El matiz está, en mi opinión, en la excepcionalidad de la actuación disciplinaria por actuaciones jurisdiccionales, sin negar que tal posibilidad exista. Pero si el precepto lo sitúa en el contexto de la actuación inspectora, ofrece una idea de generalidad de supervisión sobre la actuación jurisdiccional que sería contradictoria con lo regulado en el mismo precepto y podría dar lugar a actuaciones o injerencias que nuevamente inciden en la tesis del afán de control que venimos sosteniendo.

4. *La instrucción colegiada*

El art. 120,3.º del Anteproyecto dispone:

En las Salas de lo Penal de los Tribunales Provinciales de Instancia la instrucción de los procedimientos por delito corresponderá a una Unidad judicial o, excepcionalmente, a una Sección colegiada.

Se podrá atribuir la instrucción a una Sección colegiada cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Extraordinario volumen de la causa.
- b) Extraordinaria complejidad técnica, apreciada en virtud de las características concurrentes en la causa o de la naturaleza del delito, en particular, cuando se trate de los delitos de estafa, administración desleal, apropiación indebida cuando se pudiera apreciar la concurrencia de alguna circunstancia del artículo 250 del Código Penal, insolvencias punibles, maquinación para alterar el precio de las cosas, delitos relativos a la propiedad intelectual en los que hubiera sido apreciada la concurrencia de alguna circunstancia del artículo 271 del Código penal, delitos relativos a la propiedad industrial en los que hubiera sido apreciada la concurrencia de alguna de las circunstancias del artículo 276 del Código penal, delitos rela-

tivos al mercado y a los consumidores, delitos de corrupción en los negocios, delitos societarios, delitos de receptación del artículo 298.2 del Código Penal, delitos de blanqueo, delitos contra los derechos de los trabajadores, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo, delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, delitos contra la Administración pública, delitos tipificados en la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando y delitos tipificados en la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos.

- c) Elevado número de personas imputadas.
- d) Dificultades derivadas de la excesiva duración de la instrucción
- e) Cuando, aun no concurriendo el carácter excepcional de las circunstancias mencionadas en los apartados precedentes, de la valoración conjunta de todas ellas haga aconsejable la instrucción colegiada.

La decisión de atribuir la instrucción a una Sección colegiada *corresponderá, de oficio o a instancia del Juez instructor, a la Sala de Asuntos Generales del respectivo Tribunal, y podrá adoptarse al inicio del procedimiento o posteriormente en el momento en que concurran las circunstancias legalmente previstas.*

Y conviene advertir, y por eso destaco este punto entre las funciones de los Presidentes, que según el art. 135 la Sala de Asuntos Generales del TPI se constituirá para cada asunto que deba conocer y estará compuesta por su Presidente, los Presidentes de Sala y el Juez más antiguo y el más moderno de cada una de ellas o por quienes les sustituyan por su orden.

El informe del CGPJ sobre el Anteproyecto es muy crítico en este punto. Parte de la referencia de la Exposición de Motivos a las razones de esta modificación:

se pretende con ello la consecución de tres objetivos; en primer lugar, elevar el umbral de garantías en el procedimiento, pues las decisiones más importantes que afecten a los derechos de los investigados serán adoptadas colegiadamente. En segundo lugar, se diluye la presión que pudiera existir sobre la figura del Juez único garante de la instrucción favoreciendo la corresponsabilidad en materia tan grave y en tercer lugar, se promueve la agilización del proceso.

Destacaremos alguna de las reflexiones críticas del informe:

La agilidad que debe presidir la instrucción criminal se compagina mal con un sistema de colegio, que hará necesaria la presencia de, al menos, tres jueces para realizar todas las diligencias de instrucción y

para adoptar las resoluciones, previa su deliberación. El sistema colegial por su propia naturaleza es, en principio, más lento, por lo que no parece que sea idóneo para lograr una instrucción más rápida. Es impensable que la instrucción colegiada pueda equipararse a un equipo de investigación, en el que cada uno de los miembros del Tribunal se encargue principalmente de un aspecto de la investigación, que solo podría tener lugar con una organización jerarquizada, que choca frontalmente con las garantías del artículo 117 CE. Al no establecerse ninguna regla especial de actuación de la Sección colegiada de instrucción (salvo en relación con las funciones de guardia en los procedimientos ante la AN), debería existir un Juez Ponente, que se encargaría del despacho ordinario y el cuidado de la tramitación y quien propondría las resoluciones a adoptar. Además existe la posibilidad de la opinión discrepante, con el consiguiente voto particular, lo que puede provocar una imagen negativa para la adecuada instrucción y una desconfianza en la Administración de justicia, sobre todo cuando se trata de una medida cautelar o de una medida limitativa de derecho fundamental, lo que no es bueno para la función instructora ni para el procedimiento penal.

Frente al alegado objetivo del refuerzo de las garantías, debe señalarse que en la actualidad, las garantías de la instrucción quedan suficientemente salvaguardadas a través del sistema de recursos, pudiendo someter las decisiones del juez instructor a la revisión de un órgano colegiado. Si de lo que se trata es de reforzar la imparcialidad del Juez que adopta una medida limitativa de algún derecho fundamental o una medida cautelar, especialmente personal, el modelo a seguir es el instaurado en la mayoría de los países de nuestro entorno, en el que se atribuye la instrucción a un órgano —generalmente el Ministerio Fiscal— y las decisiones sobre aquellas medidas a otro, el llamado Juez de garantías, que se presenta como un juez no predeterminado por la labor de instrucción, que es realizada por un tercero. Con la instrucción colegiada, la actividad de instrucción y las decisiones que afectan a los derechos fundamentales se atribuyen al mismo órgano.

32. Tampoco el reparto de responsabilidades puede fundar la colegiación del órgano instructor. Lo que subyace es una desconfianza ante el Juez de instrucción en relación con la entidad que pueda tener un determinado asunto, sospechando que la investigación y las resoluciones puedan venir determinadas por la presión ante la relevancia del asunto. Tal temor no viene respaldado por datos objetivos ni por los casos de instrucciones especialmente relevantes que han existido o existen actualmente. La salvaguarda de la imparcialidad de los Jueces a través de su independencia queda asegurada por la vía de la posibilidad de amparo ante el CGPJ para el caso de que el Juez fuera perturbado o inquietado, así como con el principio de la responsabilidad judicial.

La posibilidad de cambiar el órgano judicial de instrucción una vez empezada la misma supone *una clara infracción del derecho al juez predeterminado por la ley*, así como del principio de inamovilidad judicial, más cuando ello se puede hacer de oficio por la Sala de Asuntos Generales, por cuanto que se produce un cambio del órgano judicial, pese a no modificar su competencia objetiva, funcional y territorial. Es destacable que el Anteproyecto ni siquiera establece la obligación de que el Juez instructor que venía conociendo del asunto haya de formar parte de la Sección colegiada de Instrucción (como, por el contrario, sí lo hace en el supuesto del artículo 19). Además, la modificación del órgano de instrucción de instancia, puede suponer una modificación del órgano de apelación.

Sólo cabe recordar, como reflexión final de este apartado, que el art. 24.2 CE señala que *«todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley»*. Como dicen las SSTC 47/1983, de 31 de mayo, y 101/1984, de 18 de noviembre, el interés directo protegido por el derecho al Juez predeterminado es precisamente «la garantía de la independencia e imparcialidad de los jueces».

Este derecho requiere, según ha dicho la STC 148/1987, de 28 de septiembre, que «el órgano judicial llamado a conocer del proceso haya sido creado previamente por la norma, que esté investido de jurisdicción y competencia antes del hecho que motive su actuación y, finalmente, que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional (SSTC 47/1983, de 31 de mayo, y 23/1986, de 14 de febrero)».

La nueva regulación, en cuanto faculta a los Presidentes a través de la Sala de Asuntos Generales a atribuir la instrucción a una sección colegiada, incluso durante la instrucción ya comenzada, y sin respetar siquiera la presencia del Juez Instructor inicial, puede vulnerar este principio básico de nuestro sistema de justicia.

5. Cambios en la composición de los tribunales. Presidencia

La actual redacción del art. 198 de la LOPJ establece en este punto que la composición de las Secciones se determinará por el Presidente según los criterios aprobados anualmente por la Sala de Gobierno, a propuesta de aquél.

A continuación señala que las secciones serán presididas por el Presidente de la Sala, por el Presidente de la Sección o en su defecto por el magistrado más antiguo de los que la integren.

Esta manera de regular la composición de las secciones nos sitúa en un escenario de estabilidad, en el que el Presidente decide presidir una sección, pero en el marco de la aprobación anual en Sala de Gobierno de la composición de las secciones, lo que nos remite al art. 152.2.º de la LOPJ. Es a las Salas de Gobierno a quienes corresponde establecer anualmente, con criterios objetivos, los turnos precisos para la composición y funcionamiento de las Salas y Secciones del Tribunal y las Audiencias del territorio.

Por el contrario, la nueva regulación que introduce el Anteproyecto nos sitúa en un escenario de contingencia. En el art. 162.2 se dice que siempre que lo estimare oportuno, el Presidente de la Sala podrá presidir cualquiera de sus Secciones, lo que será notificado previamente a las partes.

Y más adelante en el art. 163.2 dice: *El Presidente de un Tribunal podrá presidir cualquiera de sus Salas o Secciones cuando así lo estimare oportuno.*

Esta mención a «cuando el Presidente lo estimare oportuno» sin relación alguna con el contexto de la aprobación anual de la composición de las secciones por Sala de Gobierno es la que resulta inquietante o preocupante. Y podría afectar también al juez ordinario predeterminado por la ley.

Desde otro punto de vista no parece razonable que el Anteproyecto establezca como criterio preferente para cubrir las plazas en cada orden jurisdiccional, la condición de especialista en esa materia, y después el presidente del TPI pueda presidir cualquiera de sus Salas, con independencia de si posee o no dicha especialidad.

6. Reordenación dentro del TPI

Partimos de la consideración general prevista en el art. 278 del Anteproyecto de que corresponde al Presidente del TPI «cuidar de la composición de las Salas, Secciones y Unidades Judiciales». Este precepto sitúa al Presidente del TPI como partícipe de las decisiones de reordenación interna de los tribunales, que están previstas en la nueva regulación.

Hay varios preceptos que se refieren a estas posibilidades de reordenación interna:

Artículo 373. Reordenación interna

1. En las diferentes Salas de los Tribunales Provinciales de Instancia, el Consejo General del Poder Judicial, a propuesta de la Sala de

Gobierno respectiva, podrá proceder a la reordenación de los efectivos judiciales entre las Unidades Judiciales y las Secciones colegiadas siempre que como consecuencia de la *desigual entrada de asuntos* o de una reforma legislativa se haya producido una alteración significativa del reparto de las cargas de trabajo jurisdiccional entre las Unidades Judiciales y las Secciones colegiadas.

2. La reordenación de los efectivos judiciales en las Salas de los Tribunales Provinciales de Instancia se realizará con respeto al principio de voluntariedad y en su defecto por orden de escalafón inverso.

Artículo 374. Cambios de destino

La Sala de Gobierno, a propuesta del Presidente de la Sala del Tribunal Provincial de Instancia, podrá autorizar por razones de servicio, *con ocasión de vacante*, los cambios de destino entre Secciones de los Jueces, con respeto a los mismos principios recogidos en el artículo anterior.

Artículo 19. Solicitud de conocimiento colegiado cuando exista perturbación

Si la perturbación de la independencia afectare a un Juez actuando unipersonalmente, éste podrá solicitar de la correspondiente Sala de Gobierno que formen sala con él otros dos Jueces del mismo Tribunal, a los efectos de tramitar y resolver el asunto de que se trate, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.

Como apuntábamos al principio de estas líneas, la estructura del TPI tiene la gran ventaja de la flexibilidad (el reparto provincial de asuntos favorecerá el adecuado equilibrio de las cargas de trabajo, las posibilidades de sustitución se incrementan), puede tener una de sus mayores dificultades en la afectación o en el riesgo de la inamovilidad de los jueces. El problema es que todas estas posibilidades pueden afectar al principio de inamovilidad judicial.

Resulta oportuna la cita de la STC 101/1984, de 8 de noviembre (FJ 4):

La predeterminación legal del Juez significa que la Ley, con generalidad y con anterioridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso [...]. La interpretación sistemática entre el art. 24.2 y el 117.3, ambos de la Constitución, pone de manifiesto que la garantía de la independencia e imparcialidad de los Jueces [...] radica en la Ley. La generalidad de los criterios legales garantiza la inexistencia de Jueces *ad hoc*; la anterioridad de tales criterios respecto al planteamiento procesal del litigio garantiza que una vez determinado en concreto el Juez de un caso en virtud de la aplicación de los criterios competen-

ciales contenidos en las Leyes, el Juez del caso no podrá ser despojado de su conocimiento en virtud de decisiones tomadas por órganos gubernativos.

Pues bien, en este punto la regulación del Anteproyecto es más cuidadosa y contempla las posibilidades de reordenación dentro de las competencias de la Sala de Gobierno, estableciendo criterios de voluntariedad o escalafón inverso para su decisión, y como algo que no puede plantearse de cara a asuntos concretos, sino como forma de organización anual de la composición de las Salas.

En este punto el informe del Consejo General del Poder Judicial tiene una opinión más favorable:

Para conjurar estos peligros, el Anteproyecto se aparta, a nuestro juicio con acierto, de la línea seguida por el Proyecto de reforma de la LO para la creación de los Tribunales de instancia, que establecía una adscripción funcional de los Jueces dentro de cada Sección; lo que tantas críticas había suscitado por entender que con ello quedaba afectado el principio de inamovilidad judicial (en este sentido informó este CGPJ). Distingue entre jueces de las Unidades judiciales y Jueces de las Secciones colegiadas. Se fijan unas normas para la provisión de las plazas de Jueces en las secciones colegiadas (artículo 370) y otras cuando se trata de plazas de Jueces en las Unidades judiciales (artículo 371).

De manera que dentro del TPI unos jueces tendrán como destino las unidades judiciales y otros, las Secciones colegiadas, que consideramos no tienen por qué ser permanentes. Las Salas de Gobierno anualmente, con criterios objetivos, establecerán los turnos precisos para el composición y el funcionamiento de las Unidades y Secciones de las Sala de los TPI (artículo 261.2.c); como así sucede en la actualidad en relación con la Audiencia Provincial, siendo la competencia del Presidente de ésta (artículo 198 LOPJ). Con carácter previo, debe señalarse la conveniencia de que el Presidente del TPI sea oído en la fijación de esos criterios, sugiriéndose se recoja así en el texto.

Lo que no es admisible, desde el punto de vista de la vulneración del principio de inamovilidad al que nos estamos refiriendo, es la posibilidad de que se conforme una Sección colegiada cuando un Juez unipersonal se sienta perturbado. Aunque el Anteproyecto pretende remitir esta posibilidad a la misma competencia de las normas de reparto y composición de las Salas que se organizan anualmente, lo normal será que las normas de reparto anual no puedan prever esta situación, sino que la misma se plantee en el curso de un proceso concreto. El precepto vuelve a colocarnos en una situación de contingencia y de posible afectación al derecho al juez predeterminado por la ley, lo que no es admisible.

El informe del CGPJ es en este punto muy crítico y aconseja la supresión del precepto:

Por tanto y a la vista de las consideraciones que se han expuesto en este Informe, este Consejo considera que debiera procederse a la supresión de este precepto. Es más, a lo antedicho cabe añadir que, desde el punto de vista meramente procesal, un miembro de la Carrera Judicial que se ve necesitado de que se integren en el órgano del que es titular nuevos miembros de la Carrera Judicial supone ya, además de una alteración subjetiva del juez natural, una muestra de pérdida de la imparcialidad que habilita para seguir conociendo el asunto.

VI. A modo de conclusión

Después de analizar la figura de los Presidentes en la nueva regulación, la idea central que apuntaba al inicio de esta ponencia se refuerza. Los Presidentes, tanto del propio Tribunal como de las Salas que lo componen, participan de la naturaleza de la propia estructura en la que se insertan. Las luces y las sombras de la labor que desempeñan se deben precisamente a las características del nuevo Tribunal.

He destacado en varios puntos de este texto los riesgos de un excesivo control hacia los jueces y magistrados que componen el nuevo TPI. No cabe ninguna duda de que la mayor flexibilidad en el reparto provincial de asuntos, la reordenación de la composición de las secciones o el establecimiento de criterios unificados, son objetivos muy loables desde la perspectiva de la eficacia de un nuevo modelo, pero no por ello debe permitirse que principios fundamentales de nuestro estado de derecho como la independencia judicial o el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley queden afectados o limitados.

Terminaremos estas líneas con una referencia a las palabras de quien fue Vicepresidente del Tribunal Constitucional, José Gabaldón López, que me permiten concretar el riesgo que he tratado de exponer a lo largo de este trabajo:

Fracasaron los jueces en sus diversas actitudes de defensa de la autonomía del Consejo y así se han desenvuelto en su vida profesional durante los veintiséis años siguientes que, por otra parte, integran un período de constantes modificaciones de la propia ley hasta el proyecto actual [...]. A partir del cambio legal de 1986 los jueces españoles han visto descender su régimen desde la garantía de un Poder Judicial independiente hasta la burocratización de la carrera, desde el juez independiente al juez funcionario del Servicio Público

de la Administración de Justicia. Y han oído repetir la frase del «servicio público de la Justicia» que, además de constituir un absoluto error teórico, ha sido capaz de hacer olvidar a algunos el concepto del juez ejerciendo libre e imparcialmente ese poder del Estado y no el del funcionario sometido al principio de dependencia jerárquica; cuestión que olvidan quienes defienden puntos de vista más cercanos a un sindicalismo burocrático que a los puntos clave de la independencia.²

² José Gabaldón López, «El autogobierno judicial, ¿es posible?», *Revista del Poder Judicial*. 2013.

Aspectos positivos y negativos del Tribunal provincial de instancia en la investigación y enjuiciamiento de la corrupción en el ámbito público

Carmen Adán del Río

Fiscal Jefe. Fiscalía Provincial de Bizkaia

I. Introducción

De la Exposición de Motivos: «Esta nueva LOPJ, no solo contiene una reforma de carácter global sino estructural, en la que se propone un cambio radical del modelo de la organización de la Justicia española para acomodarla a las necesidades del siglo XXI».

En los últimos años, ha de reconocerse el interés de nuestros gobernantes en convencer y demostrar a los ciudadanos que, más allá de esfuerzos propios de épocas electorales, existe una verdadera intención tanto de investigar adecuadamente los delitos asociados a la corrupción como de procurar un enjuiciamiento de los mismos en tiempos razonables, acabando con la frustración propia de largos procesos inacabables en los que la responsabilidad va diluyéndose o cuando menos, deformándose.

Fruto de estos esfuerzos son los sucesivos intentos de modificación de la norma procesal penal, y en igual o mayor medida, lo es este Anteproyecto de intento de modernización y mejora de la justicia (y en lo que concierne a estas jornadas, de la justicia penal).

Es evidente que no debemos confundir los problemas de corrupción existentes, cuyas causas son diversas y complejas, con el hecho de que la estructura encargada de combatirla funcione adecuadamente. Confusión a evitar, puesto que como es sabido, la corrupción en el ámbito público debe ser atacada desde la estructura de la Administración de justicia, sino desde la propia estructura administrativa donde se produce, sin descartar el necesario fortalecimiento de principios, que, convertidos en normas de actuación, permitan su erradicación.

Es cierto también que más allá de cifras o estadísticas, percibimos ahora el problema con mayor claridad, por una mayor difusión en los medios de comunicación, concienciados de la necesidad de sacarlo a la luz; pero ello no debe alejarnos de la idea de que el auténtico caldo de cultivo de estos delitos se encuentra, primero y fundamentalmente, en la falta de un rechazo social suficiente a la figura del conseguidor, del que permite y facilita prescindir de los procedimientos, saltar las reglas de concurrencia y competencia en la contratación pública, pero posiblemente en la misma medida, en la aceptación generalizada de que el no cumplimiento de trámites, el no respeto de las formas y procedimientos administrativos, no tiene consecuencias. Y en este segundo aspecto es donde debiéramos plantearnos desde la Administración de justicia si la actuación es la adecuada.

Independientemente de una cierta permisividad generalizada, en mi opinión, la estructura de la Administración de justicia ha devenido incapaz para responder a estos fenómenos delictivos, incluso en sus formas más groseras, con lo que, en cierto modo se ha contribuido, desde nuestro ámbito, a alimentar los fenómenos de corrupción por falta de aplicación de penas que ejerzan un efecto de prevención general y especial. (Ello a pesar de que la mayor parte de las penas previstas para estos delitos, no son especialmente significativas por su gravedad). El convencimiento de que existe una jurisdicción contencioso administrativa que puede dar respuesta al caso, ha llevado a la utilización del principio de *ultima ratio* del Derecho penal, para excluir de la justicia penal, actuaciones de fraude en la contratación administrativa, que jamás pueden ser cuestionadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa, dejando huecos de intolerable impunidad. Ni el ciudadano puede conocer con carácter general, ni el posible interesado en una adjudicación, perjudicado por el concreto delito, cuenta con opciones para cuestionar las amplísimas facultades del órgano administrativo que la concede (ciertas en la mayor parte de las ocasiones, pero, incluso en los casos en que son menores, son facultades sobre las que el ciudadano medio tiene una percepción de privilegio, inmunidad o inviolabilidad alejada de la que el Derecho procesal confiere)¹. Si a ello añadimos, que al ciudadano no le interesa colocarse en una situación incómoda respecto a esa Administración que en otro momento puede beneficiarle con un contrato público, o que en los casos que finalmente llegan a los juzgados, la falta de especialización, el exceso de asuntos

¹ Gómez Colomer, J.L.: «Altos Funcionarios y protección procesal penal (Un intento de aclaración)», en *Jornadas sobre Derecho Administrativo y Derecho Penal. Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*. Madrid, 1998.

de muy diferente índole, y la jurisprudencia restrictiva propia de la jurisdicción penal, genera archivos generalizados, no es de extrañar que situaciones conocidas por todos los que concurren a la oferta pública, claramente encuadrables en los tipos penales, queden fuera de la Administración de justicia, por ser consideradas simples cuestiones de actuación discrecional. Resulta ilustrativo al respecto el comentario de González Cussac, sobre la cuestión: «... tal es el grado de discrecionalidad en el Derecho Administrativo, que los propios tribunales de lo contencioso-administrativo muestran ciertos reparos a ejercer su labor de control sobre actuaciones administrativas. Si los jueces especialistas encuentran dificultades, qué decir de los jueces penales inmersos en un terreno sumamente complejo».

Admito pues de partida que la estructura actual de nuestra Administración no responde adecuadamente a los fenómenos de delincuencia asociada a la corrupción. Por tanto entiendo como positivo que se intenten cambios que, modernizando la estructura, permitan paliar el problema. La cuestión es si la estructura que el Anteproyecto al que nos referimos ofrece, tiene los pilares suficientemente firmes para ello.

Desde que la Comisión institucional creada por el Consejo de Ministros, comenzó, aproximadamente sobre el año 2009, la elaboración de un informe sobre la reforma de la planta judicial, hemos recibido datos y noticias sobre el objeto de estas jornadas, que, hemos de reconocer, terminan por influir en la percepción inicial de este Anteproyecto. Esta percepción, incluso la opinión que se puede alcanzar con un estudio más detallado, también se ve influida, por reformas paralelas, muy en concreto la modificación del sistema procesal penal, del cual el proyecto de Código Procesal Penal, que se trató en las jornadas del año pasado, fue claro exponente.

Me interesa remarcar que ese conjunto de anuncios, proyectos y falta de resultados, parecen haber llevado a que las mismas asociaciones de juristas hayan experimentado un cambio de posición sobre la propuesta del texto, que puede parecer sorprendente habida cuenta las manifestaciones previas. Esta variación, se mencionaba con sorpresa por Gemma Gallego Sánchez, miembro del CGPJ, ante el incuestionable dato de que, en las reuniones anuales de los Jueces Decanos, y citaba como ejemplo la del año 2009, estos eran absolutamente favorables a la creación de tribunales de instancia, admitiendo como válida la sustitución de la estructura actual de juzgados unipersonales, para favorecer la eficacia y especialización de los órganos judiciales. Y en el mismo sentido, los Presidentes de Audiencias Provinciales y las asociaciones, mantuvieron similar actitud, hasta la presentación del Anteproyecto que seguía tales recomendaciones. Es significativo también, que

cuando se materializa el texto, las críticas en el ámbito de las asociaciones, que de inicio inciden en no haber sido consultadas para la elaboración, terminan por concluir con cuestionamientos, ya de fondo, contra la estructura misma que se pretende crear.

Muchas de las críticas posteriores han coincidido en afirmar un apresuramiento por parte del Gobierno, que no siempre se puede compartir. Es bien conocido que varios miembros del Consejo General del Poder Judicial, emitieron un dictamen disconforme, con mención expresa a «la improvisación del Gobierno» y la prisa por hacer una reforma de tal entidad en un momento que consideran de transición para la justicia. Pero, independientemente de si el recorrido temporal debe ser mayor, y si las expectativas eran diferentes, no se puede negar que han existido tanto debates como comisiones de estudio (en 2009 sobre reforma de la planta judicial, Comisiones institucionales creadas por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012 para la elaboración de propuestas de textos articulados de la LOPJ y del Código Procesal Penal). Recorrido por tanto que ha existido, y lo que me parece mas importante, que otros países de nuestro entorno continúan o ya han realizado, como veremos más adelante.

Hemos de tener en cuenta igualmente, que nos encontramos en un momento de finalización de legislatura con cambio de titular ministerial, el cual, en sus primeros contactos con los diferentes profesionales de la Administración de justicia, y en varias comparecencias públicas, ha señalado la necesidad de más tiempo para abordar reformas estructurales, abogando por la paralización de la reforma de la Ley de Demarcación y Planta judicial para, en un debate a más largo plazo, afrontar una reorganización de los juzgados. En este contexto, las manifestaciones del nuevo Ministro, tanto en la Comisión de Justicia como en medios públicos, son claras en el sentido de reconocer que no es posible dar la vuelta a la justicia en los meses que quedan de legislatura, aunque se propone afrontar algunos de los retos iniciales, entre ellos, quizá las modificaciones de la LOPJ, el CP y el CPP.

Prescindiendo, pues, del futuro incierto del Anteproyecto, y centrándonos en su estudio, parece haber, en los diversos comentarios y artículos publicados, un común entendimiento de que el legislador al proponer este cambio de la Administración de justicia, ha tenido entre sus objetivos prioritarios, más o menos reconocidos:

- Lograr que el aumento de número de jueces no suponga creación de nuevos órganos, dado lo costoso de su dotación.
- Facilitar el paso de jueces de unas unidades y secciones a otras sin grandes problemas.

- Establecer unos parámetros de jerarquía, que han sido recibidos de forma muy crítica, por considerar que en ocasiones parecen ir algo más allá del ámbito de la jerarquía funcional, centrándose estas críticas en la redacción de los artículos relativos a la superioridad del CGPJ sobre todos los jueces y la regulación de la jurisprudencia vinculante.

Parto, pues, de este objetivo reconocido por el legislador que nos presenta la nueva estructura, y me centro en tres apartados que presentan aspectos positivos y negativos, pero adelanto, que algunos de los positivos son, en mi opinión, de entidad suficiente como para que no dejen de ser tenidos en cuenta de futuro.

II. La actividad colegiada

Nos encontramos aquí con una de las primeras percepciones que la realidad del texto destruye. La actividad colegiada parece esencial al propio término de Tribunal de instancia. Sin embargo, la regla general de inicio de integración de todos los jueces en el Tribunal de instancia, lo es con actividad unipersonal, de modo que si no fuera porque después se establece una posible excepción de colegiación, parecería más un simple cambio de nombre que un auténtico cambio orgánico (cuya finalidad principal es, como ya se decía, que los jueces del órgano puedan pasar de una unidad o sección a otra sin mayor problema, o lo que parece también reseñable, el aumento del número de jueces, sin el desembolso que supone crear un nuevo órgano).

La regla general de actuación unipersonal se exceptúa en varios casos, siempre por decisión de la Sala de asuntos generales que actúa bien porque se lo pide el instructor, bien de oficio. Las causas que lo permiten son varias: la extraordinaria complejidad de la causa, con un elenco de delitos, fundamentalmente relacionados con la corrupción o de fuerte contenido económico y medioambiental, la perturbación del juez provocada por actuaciones externas, siempre que el juez que se sienta gravemente inquietado por las críticas recibidas solicite quedar fuera del asunto, el elevado número de implicados, o dificultades de la investigación... A las que se une un apartado e) que, como auténtico cajón de sastre de las anteriores, posibilita la discrecionalidad en la decisión de optar por una sección colegiada.

Este modelo de actividad colegiada, puede cuestionarse en dos aspectos importantes.

- a) *El texto del Anteproyecto, presenta, a mi modo de ver, el problema, de no pronunciarse específicamente sobre los supuestos concretos de colegiación. Lo que hace es trasladar la decisión, a órganos concretos de esa nueva estructura judicial*

El legislador no quiere decidir qué si o qué no debe ser actividad colegiada. Opta por dejar tal decisión a la Sala de Asuntos generales, la Sala de Gobierno, al Presidente (o incluso el propio instructor que lo solicite), en lugar de prefijar procedimientos o supuestos concretos.

De este modo, el resultado es una cierta indefinición del modelo de tribunal que se quiere, bien por inseguridad sobre la aceptación del modelo que se pretende o como una suerte de experimento previo ante posiciones futuras.

Frente a esta indefinición, creo necesario una toma de posición legal sobre si es necesaria la actividad colegiada en general para las primeras actividades jurisdiccionales o solo para la fase de enjuiciamiento, toma de posición que debiera plasmarse con más claridad en una norma que como esta, sirve de marco general de actuación, y no dejarse a unas decisiones que puntual y periódicamente puedan tomarse por órganos cambiantes en su composición. Siendo especialmente grave que, aunque de inicio parece existir algún criterio orientativo para estos órganos que han de tomar la decisión, lo cierto es que el apartado e), opera como cláusula residual de amplísima discrecionalidad, que si bien es predeterminada por unas reglas previas que se adopten por mayoría, puede generar sospecha sobre las razones de esa opción.

- b) *El Anteproyecto, acogiendo esta regla general de actividad unipersonal y como excepción la colegiación, aplica el mismo criterio a la fase de investigación y a la fase de enjuiciamiento*

Supongo que sería posible convenir que la actividad colegiada es algo positivo, opinión derivada no solo de la experiencia propia de Fiscal, que trabaja habitualmente en equipo, sino del común entendido de que la obligación de compartir opiniones y posiciones, y que las decisiones pasen un tamiz de debate y confrontación, es la fórmula que permite garantizar una mejor aplicación del derecho y que este se aproxime realmente a la idea de justicia.

Ahora bien, desde esta premisa, también ha de reconocerse que pocas cosas son buenas para todo o para todos los momentos. De he-

cho creo que lo que puede ser bueno para la fase de enjuiciamiento puede no serlo para la fase de investigación del delito, y que la actividad jurisdiccional colegiada ofrece más problemas en la fase de instrucción que en la de enjuiciamiento.

En todo caso esta cuestión ha sido objeto de un fuerte debate, en otros países, que en la mayor parte de las ocasiones ha concluido con modificaciones legales de calado. Siendo como es Francia, uno de los países en los que la figura del juez de instrucción goza por tradición de mayor predicamento, es especialmente llamativo lo sucedido, a raíz del llamado *caso Outreau*, cuya tramitación y resultado judicial motivo una comisión parlamentaria en el año 2005 para estudio de «las causas de las disfunciones de la justicia».

Los hechos objeto de investigación por el juez, tienen su origen en una denuncia, en el año 2001, de cuatro niños a sus padres por abusos sexuales durante años, en una localidad del norte de Francia, Outreau. Tras la detención de los padres, se continuó encarcelando a siete vecinos, y otras personas, hasta que en menos de un año, el caso acogió denuncias de hasta diecisiete niños de las que resultó una imputación a ochenta adultos, comenzando lo que la Comisión, y el Tribunal sentenciador del primer juicio, calificó de enorme bola de nieve. La acusación solo se formalizó contra diecisiete personas, de los cuales, siete fueron absueltos en la primera instancia, y posteriormente otros seis. Quedando, por tanto, de los ochenta implicados, tan solo cuatro como finalmente condenados. Este resultado, que pudiera plantearse como indeseable pero posible, porque las pruebas se debilitan o se anulan, se debió, sin embargo, según conclusiones de la sentencia y de la Comisión, a que lo recopilado en la investigación, de ningún modo debiera haber permitido que se llegara a ese extremo, con meses o años en prisión preventiva de los implicados, y con el suicidio en la cárcel de uno de los imputados.

Las conclusiones de la comisión, del informe parlamentario, cuestionaron la institución del juez de instrucción, al entender que su excesivo poder en el procedimiento, le imposibilitaban para mantener vigente la presunción de inocencia.

Es cierto que también se cuestionó el papel de los medios de comunicación en casos tan específicos, y el excesivo valor que se daba a la pericial psiquiátrica, pero en lo que afecta a nuestro tema, ha de traerse a colación, el hecho de que el caso dio lugar a una reforma suplementaria del procedimiento penal francés. Reforma legal de 5 de marzo de 2007, que no solo modifica el régimen de la prisión preventiva, sino que crea polos de instrucción para que el juez de instrucción actúe colegiadamente.

Aunque de la ley se deriva la «collégialité de l'instruction», es decir que para cada caso haya un colegio de tres jueces de instrucción designados, en la práctica, la falta de número suficiente de jueces, y que no se iba aumentando la plantilla en forma proporcional al volumen de casos, ha ido obligando a que la fecha de entrada en vigor de esa parte de la ley, inicialmente el 1 de enero del 2010, fuera trasladándose al 1 de enero de 2011, luego de 2014, y ahora, parece ser que para el 1 de enero del 2015, aunque es muy probable que se cambie la fecha otra vez.

Sentada esta imposibilidad con carácter general, se acudió a alguna modificación de carácter relevante, muy similar a la que ahora propone el Anteproyecto, en la medida que, a raíz de la ley de 5 de marzo de 2007, el cambio parcial del sistema, estableció que el presidente del tribunal pueda decidir, si el caso le parece grave o muy difícil, que lo manejen dos jueces co-designados. El presidente puede decidirlo por iniciativa propia, o si se lo pide el fiscal, tanto cuando se abre el caso como en un momento posterior, donde también pueden pedirlo otras partes. El problema en la práctica, es que, este proceso de «co-designación» solo existe en los tribunales territoriales en los cuales hay más de un juez de instrucción, y en los restantes, los delitos más graves (homicidios, violaciones, etc.), se envían al tribunal con varios más cercano, al que se refiere como «polo de instrucción».

Dejando experiencias de Derecho Comparado y volviendo ya a nuestro anteproyecto, llama la atención, que las críticas al Anteproyecto, en este aspecto de la colegiación, se hayan centrado con carácter preferente en considerar que se trata de un ataque al derecho al juez predeterminado por ley. Lo cierto es, sin embargo, que se trata de un concepto que el Tribunal Constitucional ya tiene bastante perfilado, como derecho del ciudadano y garantía de la imparcialidad e independencia judicial.

Se cumple este derecho, con que se haya creado el órgano judicial por una ley, que la ley le haya dotado de jurisdicción y competencia al supuesto de hecho que origina la actuación judicial, que no se trate de un órgano *ad hoc*, y que la composición de los miembros del órgano judicial haya sido fijado también conforme a la ley.

La posición del Tribunal Constitucional al respecto, parte de considerar el concepto de juez predeterminado como referido al órgano no al asunto, siendo suficiente con que existan normas de reparto objetivas, generales: «La asignación de personal a los diferentes órganos judiciales es una cuestión orgánica, que siempre que se decida aplicando

las normas previstas al efecto, nada afecta al derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por ley»².

En esta idea parecen moverse los parámetros de Derecho comparado, citando por ejemplo el caso de Francia, donde, el Presidente del Tribunal, puede acordar la colegiación, de oficio o a solicitud de las partes, al inicio y en otras fases del proceso, sin que ello sea tachado como lesivo de derechos, a pesar de la amplitud de las facultades conferidas a este Magistrado.

Del mismo modo, por mucho que las críticas al Anteproyecto se centren en tal aspecto, la realidad es que la estructura judicial de nuestro país avanza por idénticos derroteros. No podemos desconocer que en el sistema actual de jueces de adscripción territorial y jueces de apoyo se basa en la idea de jueces, cuyos cambios de asignación de asuntos y despacho de órgano concreto en el que prestan sus servicios, dependen de la decisión del Presidente del Tribunal Superior de Justicia. Sea el Presidente, sea la Sala de gobierno o el CGPJ, lo cierto es que en este momento, es posible decidir que un determinado juez tenga otro juez de apoyo que va a tomar los asuntos del órgano (y no solo los que surjan a partir de ese momento sino los que ya existían) al que no pertenece, sin que ello se considere lesivo del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley. La realidad futura quizá nos demuestre que tanto con los JAT como con los JAJAT, hemos empezado a construir de hecho los tribunales de instancia, que antes o después pueden ser la estructura que permita una mejor Administración de justicia. De admitir las críticas basadas en lesión del derecho al juez predeterminado por ley, difícilmente podríamos justificar la asignación de los jueces de apoyo, cuando además la nueva regulación, supone dotar al sistema actual, de mayores garantías, en la medida, que la atribución de la instrucción a una Sección colegiada, no depende solo de un Presidente, sino una Sala de asuntos generales. Sala que según el art. 118 del Anteproyecto, está compuesta por el Presidente, los presidentes de las Salas, el juez más antiguo y moderno de cada una de ellas. Esto es, cuatro presidentes uno por cada Sala, y dos miembros de cada Sala, ocho más, con lo que deciden doce personas, de muy diferente ámbito de

² La STC 210/2009, de 36 de noviembre, negó el amparo a quien alegaba lesión de su derecho al juez predeterminado por ley, en un caso en el cual un Magistrado del Tribunal Superior de Justicia había sido nombrado para ocupar una plaza de la Sala de lo Civil y Penal, y posteriormente, para el caso que se llevó al TC, fue asignado a formar parte de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal. La razón última para no considerar lesionado el derecho al juez ordinario, se apoyó en que la Comisión permanente del CGPJ había dictado un Acuerdo, por el cual se le adscribía a tiempo parcial a la Sala de lo contencioso en atención a la carga de trabajo de las Secciones

actuación y por tanto con menor riesgo de manipulación. Extremo al que añadir, que otra Sala, en este caso la de Gobierno, fija los criterios objetivos de los turnos de composición y funcionamiento de las unidades y secciones de los Tribunales Provinciales de Instancia, y que en esta Sala, están el presidente del TSJ, los presidentes de Salas, los presidentes de los TPI y un número igual de jueces elegidos entre los jueces del término.

En todo caso, para cerrar estos dos apartados, y a riesgo de reiterarme, creo que, las suspicacias y las críticas se hubieran evitado en gran parte, si el legislador hubiera optado por un sistema concreto de configuración de las fases y de los casos en los cuales es exigible la actuación colegiada, no dejándolo al caso concreto o a la decisión de un órgano. Del mismo modo que sabemos que determinados delitos, van a ser enjuiciados por un Jurado, cuales por la Audiencia o por un órgano unipersonal, debiera existir una afirmación específica que diga o bien qué fases o bien qué supuestos exigen la actuación colegiada. Afirmación, que en mi opinión, debiera realizarse modificando coordinadamente tanto esta ley como la procesal penal.

III. Mantenimiento del modelo vigente de juez de instrucción

Una de los temas que el Anteproyecto deja caer finalmente, a pesar de la expectativa de cambio que el Borrador de Código procesal penal elaborado al tiempo había suscitado, es la investigación de los delitos por el Ministerio Fiscal. Las críticas a aquel texto, incluidas las de la mayor parte de la carrera fiscal, al considerarlo un simple cambio de papel entre juez y fiscal, sin abordar soluciones reales para los problemas que el procedimiento penal padece (innumerables recursos, reiteración de diligencias y de pronunciamientos, dilaciones inaceptables, etc.), llevan al Anteproyecto que tratamos, a mantener la investigación en el juez de instrucción, aunque denominado juez de instrucción de garantías.

Una observación más detallada, permite sospechar que con el Anteproyecto se crea (debíamos hablar ya en pasado, se creaba), un nuevo marco en el que parece fácil sustituir el Juez instructor por un Fiscal investigador; ello, en la medida que el juez de instrucción ya está integrado en un Tribunal de instancia con otras muchas funciones, de garantía, enjuiciamiento, ..., por lo que, los cambios y asignaciones entre esas unidades, no generan excesivos problemas. Las modificaciones que los estados comunitarios realizan en sus sistemas procesales y el

propio modelo de Fiscal europeo, como Fiscal investigador, apuntan en tal dirección.³

Independientemente de esa posibilidad a través de una modificación posterior de la ley procesal penal, procede ahora centrarnos en una doble crítica al texto existente.

- a) *Mantiene un sistema sumamente cuestionado, en el cual, quien investiga hace su propio examen y control de los derechos que va lesionando con su investigación*

En mi opinión, el sistema actual de juez de instrucción, asume demasiado esfuerzo, demasiada mezcla de facultades como para garantizar que el ejercicio de la función jurisdiccional se lleva a cabo en todos los casos, con la independencia y eficacia que es exigible por el ciudadano. Lo cual se ha de achacar, no a cada uno de los Jueces de instrucción, que creo hacen mucho más de lo que les es exigible, sino a un sistema procesal que concentra en una persona, posiciones encontradas. Por un lado la investigación e instrucción, y por otro el control de garantías de lo que el mismo hace. Se puede decir que ya está el sistema de recursos, pero lo cierto es que mientras ello se tramita, la situación se mantiene, exigiendo una actitud de actividad e impulso, y a la vez de contención y filtro, de muy complejo case. Si a lo expuesto, añadimos que también dictan sentencias como enjuiciadores de faltas, la realidad del juez de instrucción se hace demasiado compleja como para considerar que es la adecuada.

Abordar un proyecto de este calado, debiera ser parejo, a una configuración de la actividad de investigación en sus justos términos, reduciendo las parcelas que esta fase ha ido copando a la de enjuicia-

³ Franz-Hermann Brüner, Director General de la OLAF, reconocía que los sistemas nacionales europeos de justicia penal se encuentran sobrecargados de casos, por lo que se hace necesario que determinados casos que no son asumidos por los fiscales o jueces nacionales sobrecargados, a pesar de que se derivan desde instancias comunitarias, sean de obligado conocimiento por una oficina fiscal europea, teniendo en cuenta que en el marco de las competencias de Eurojust se encuentran los delitos de fraude y corrupción que afectan a intereses de la Unión europea. En el mismo sentido, José Luis Lope da Mota, reflexionando sobre esta figura, y sobre la relación actividad de investigación y control judicial, consideraba que en la medida que las investigaciones tendrían naturaleza transnacional, difícilmente debiera admitirse un control local y fragmentado de los actos del fiscal, que imposibilita la visión global de los fenómenos que están siendo investigados, por lo que sería necesario crear una instancia judicial europea, para control de determinados actos de ese fiscal europeo.

miento, y que los tribunales encargados del juicio oral y dictado de sentencia se esfuerzan en recuperar, dejando sin efecto lo no practicado ante ellos. La formulación de acusación con relación a la actividad generada por quien es inspeccionado por la Fiscalía, resulta ya detonante, por mucho que las modificaciones de la ley procesal hayan añadido el llamado impulso procesal. Es urgente redefinir el concepto de actividad de investigación del delito y actividad jurisdiccional en esta fase, sobre todo teniendo en cuenta, que aumentan las actividades policiales que concluyen en acusación y sentencia, sin actividad del juzgado. La auténtica actividad jurisdiccional en la fase de investigación del delito, y en la que encaja perfectamente la figura del juez de garantías de la instrucción, es la relativa a la adopción de medidas lesivas de derechos y decisiones de continuación de la investigación cuando se presenta el material recopilado en la investigación.⁴

- b) *Permite la posibilidad de instrucción del delito de forma colegiada, de forma clara en el ámbito de la Audiencia Nacional, y quizá menos acertadamente, en los Tribunales territoriales, por cuanto lo difiere a decisiones personales*

El informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto, remitido por la Fiscalía General del Estado, mostraba su disconformidad con este modelo que «aleja el sistema español del modelo generalizado en el Derecho comparado, vigente en los sistemas procesales de jurisdicción internacional, de la inmensa mayoría de los procesos penales de nuestro entorno, al que incluso se han incorporado la mayoría de los Estados latinoamericanos».

Es cierto que la instrucción requiere una actividad resolutoria y de cierta agilidad, que no parece casar bien con el sistema, de toma de decisiones con deliberación y votación, propio de un órgano colegiado. De hecho, en la práctica, todos podemos ver, el alargamiento de los tiempos que suponen aquellos casos en los que el juez de instrucción que debe decidir el avance o no de la instrucción, o ante una petición

⁴ Moreno Catena, V., «Las Diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal y el derecho de defensa», en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*. Madrid, 1997. El movimiento innovador, que potencia el papel del Ministerio Fiscal encomendándole la instrucción penal hace que deje de ser el pasivo espectador de la investigación, quien debía pasar por una instrucción dirigida por un órgano ajeno, el juez, para luego presentar su acusación, y a quien sólo le venía dada la facultad de vigilar o inspeccionar el curso de las actuaciones y solicitar del instructor la práctica de las diligencias que considerase necesarias.

de concretas diligencias a practicar, abre un debate entre las partes. Aunque ello le dota de más elementos para su decisión, el problema es que la práctica se ha generalizado a momentos y decisiones que debiera tomar de forma resolutive y rápida, dando traslado evidentemente, pero dejando para el recurso el cuestionamiento de su decisión. Ello, porque ni siquiera ese debate previo, evita el recurso por la parte afectada, con lo cual, lo único que se ha logrado es alargar los tiempos de la instrucción.

Desde esta perspectiva, la búsqueda de mayor agilidad, debiera centrarse, no tanto en estos aspectos, como en el propio modelo del proceso. Un procedimiento penal más sencillo, en el que se recuerde nuevamente, porque hace falta, que las normas procesales establecen plazos en sus trámites, y que las decisiones de una investigación deben emitirse en tiempos mucho más breves que los actuales. Si para ello han de establecerse medidas de limitación de tiempo de la investigación o correctoras, más allá de la sanción que el Tribunal Supremo realiza en la actualidad con la ampliación del concepto de dilaciones indebidas, es algo que se escapa del espacio de estas jornadas.

En todo caso, buscando los aspectos positivos del Anteproyecto, a pesar de mantener la investigación en el juez de instrucción, me inclinaría siempre por apostar por los Tribunales Provinciales de Instancia, como fórmula que permita lograr prácticas procesales similares en el ámbito de la investigación, acabando con la realidad actual de la investigación penal en las agrupaciones judiciales, y de algunos juzgados de instrucción muy concretos, consistente en comunicar a la Fiscalía el auto genérico de incoación del procedimiento, mediante la remisión de copia de un modelo estereotipado de resolución, y a partir de ese momento instruir en solitario sin mayor comunicación hasta el auto de sobreseimiento o transformación de las Diligencias Previas en procedimiento abreviado. Esta práctica basada en principios de celeridad es una auténtica investigación en solitario, que contradice el régimen legal de notificación obligada de todo lo que el juzgado va realizando, so pretexto de concentrar las notificaciones a Fiscalía en un momento posterior, solo se limita, cuando hay recurso de la defensa o de parte personada, dado el obligado traslado para impugnación. Se ha de recibir pues, con cierta esperanza, esta nueva estructura de Tribunal, puesto que hasta la fecha, no parecen hacer mucho efecto las inspecciones del CGPJ sobre la actividad judicial, ni se cuestiona tal practica desde tribunales que ven la misma en fase de recurso. Actitud sorprendente y contraria a la práctica general de la mayor parte de los juzgados, que urge erradicar, no solo por la clara contradicción con la legalidad, sino por ser totalmente contraria a lo que debe ser la actividad jurisdiccio-

nal, esto es, actividad, que, como todas las de la Administración de justicia, debe propiciar la posibilidad de contrapeso por examen constante de lo que se va realizando. El interés público en la celeridad, tratado en su día ampliamente por Vives Antón, a raíz de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, nada tiene que ver con reducir garantías y contrapesos, debiendo evitarse siempre, como señala el citado autor, que ese principio de agilidad colisione con derechos fundamentales.

IV. La previsibilidad de pronunciamientos judiciales

La regulación de un procedimiento de unificación de criterios por el Tribunal Provincial de Instancia, la vinculación del Tribunal de Instancia a la jurisprudencia vinculante del Tribunal Supremo y la cuestión jurisprudencial previa que los órganos inferiores pueden plantear a los superiores, son tres manifestaciones que obedecen a un propósito único, reconocido en la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto: obtener previsibilidad de pronunciamientos. Ello, porque según la Exposición de Motivos, «la certeza y la previsibilidad de un ordenamiento jurídico resultan elementos decisivos, tanto desde el punto de vista de la actividad económica, como desde la percepción que los ciudadanos tengan del mismo».

La demanda creciente de una cierta previsibilidad de pronunciamientos, aparece como finalidad legítima del legislador, y obviamente del que debe aplicar la ley, siempre que se pondere adecuadamente, de forma que su obtención no suponga pérdida de otros valores de igual o superior importancia. A pesar de las críticas que ha suscitado la regulación de la cuestión jurisprudencial, prefiero verla desde la perspectiva de lo que en ámbito comunitario es la cuestión del artículo 177 del TR.⁵

⁵ Ruiz-Jarabo, D., *La aplicación del art. 177 del Tratado de Roma por los órganos españoles. La cuestión prejudicial*. Vitoria-Gasteiz 1994, al analizar la aplicación del Tratado de Roma por los órganos españoles, expone que «los jueces internos deben comprender que el planteamiento de las cuestiones prejudiciales no supone ningún ataque a su independencia ni el sometimiento al criterio de un órgano jerárquicamente superior. No deben adoptar una posición de resistencia psicológica y escudarse en la doctrina del acto claro para evitar dirigirse al Tribunal de justicia. Si se quiere construir una Comunidad, no basta con imponer una norma común, sino que es necesario interpretarla y aplicarla de manera uniforme por todos los jueces que tengan competencia en relación con ella [...]. Si se centra el análisis de la cautela judicial para suscitar cuestiones prejudiciales de Derecho Comunitario, aparecen otros motivos detonantes,... como el recelo a perder su posición preeminente para imponer el entendimiento del ordenamiento jurí-

Resulta especialmente llamativo, que sea esta llamada a la unificación de criterios, o la vinculación a la jurisprudencia o al precedente, lo que ha suscitado mayores y más agrias críticas, no solo desde las asociaciones judiciales, sino igualmente desde muchos sectores universitarios. Frases, como considerar estas exigencias «el último eslabón del círculo de ataque a la independencia judicial» o planteamientos que minimizan el problema considerando que no es tanta la contradicción como para que deba asumirse un pronunciamiento en ley, precisan de un examen de la práctica cotidiana de jueces y tribunales.

Creo que, hoy en día, nadie se plantea al juez como mero autó-mata aplicador de la ley sin margen de actuación. El valor de la jurisprudencia y su exacta situación en el ordenamiento jurídico, ha sido objeto de muchos y variados estudios, que pueden clasificarse *grosso modo* en dos grandes grupos, la de aquellos que asumiendo totalmente al legislador tratan de limitar la libertad de los jueces indagadora de la aplicación de las leyes, y la de quienes consideran que tanto el legislador como el juez tienen que buscar la determinación del derecho. Resulta igualmente interesante, el estudio sobre la diferencia entre *interpretatio legis* e *interpretatio iuris*, siendo la primera la que tiene que realizar el juez, aunque en ocasiones tenga que recurrir a la segunda por la vía del artículo 6 del Código Civil.

Pero también es cierto, que se dice demasiado habitualmente en nuestro ámbito de trabajo que una ley es lo que la jurisprudencia haga de ella. Examinado en abstracto es una buena demostración de la tensión existente en muchas épocas entre poder legislativo y judicial.⁶

Ahora bien, si la jurisprudencia que actúa sobre una ley, es la que deriva de una infinidad de órganos judiciales que no unifican criterios, y que en muchas ocasiones rozan peligrosamente la barrera de intangibilidad del fallo que debe actuar sobre todos y cada uno de los jueces, parece bastante lógico que el legislador, tenga la obligación de actuar

dico, que se advierte en algunos órganos superiores del aparato judicial...». Este autor, realiza estas afirmaciones, sin referirse a órganos españoles pero sí al abordar las causas de su escaso uso, en el marco de un estudio sobre la cuestión prejudicial, considerando que la misma no configura al Tribunal de Justicia como un órgano jurisdiccional de casación europeo, sino que institucionaliza la coordinación y cooperación entre ese Tribunal y los jueces nacionales.

⁶ La polémica entre el respecto a la voluntad objetiva de la ley, y la suplantación de la verdadera voluntad del legislador por la del propio intérprete que, de ese modo, se encubre en ella, es tratado ampliamente, con referencias múltiples a los autores que han tratado el tema, como Gény, Binding, Ehrlich, De Diego, entre otros muchos, en la obra *Metodología de la Determinación del Derecho*, de J.B. Vallet de Goytisolo. Título V, capítulo séptimo, págs. 1139-1174.

sobre lo que no se autorregula con las normas y prácticas existentes. Sobre todo cuando esas no vinculaciones, o faltas de unificación, afectan en los casos concretos y de forma muy grave a los principios de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley.

La Fiscalía General, a través del Consejo Fiscal es extremadamente rigurosa con alguno de los temas, hasta proponer la desaparición de artículos concretos. Cito como ejemplo:

La vinculación al precedente que se contempla en este art. 39 es, en suma, un mecanismo propio de los sistemas judiciales anglosajones (*stare decisis*), además de una institución típicamente administrativa, pero extraño a nuestro sistema y organización judicial, prescinde de la jerarquía funcional entre Tribunales ignorando la función del recurso de apelación y únicamente opera en dos niveles, en la decisión del órgano de instancia y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. El Consejo Fiscal recomienda por ello la supresión del artículo.

A pesar de esta recomendación concreta, y aunque la redacción de algunos de los puntos que tratamos en este apartado, quizá exija ciertos matices, particularmente, no creo que importar elementos propios de otro sistema sea un mal en sí mismo, si se logra el adecuado encaje de ese nuevo elemento. La jurisprudencia, tiene y ha tenido siempre un valor importante en nuestro ordenamiento. El problema es que la diversificación y contradicción existente en la actualidad ha derivado en una realidad que en muchos casos lesiona el principio de seguridad y de igualdad ante la ley.

Aunque pueda parecer anecdótico, me parece muy ilustrativo, citar los ejemplos de nuestra práctica como mejor argumento para considerar necesario que el legislador quiera recordar principios legales vigentes e insistir en establecer salvaguardas que eviten las contradicciones que en muchos ámbitos territoriales se están produciendo. Poniendo como ejemplo Vizcaya, en la actualidad las resoluciones que emanan de los aproximadamente cincuenta órganos de instancia penal (Juzgados de instrucción, de lo penal, de ejecutorias...), concluyen al ser recurridas, en tres Secciones exclusivamente penales de la Audiencia Provincial, que finalmente son las que marcan la actuación de los restantes, con resoluciones que no admiten recurso posterior, y que fijan criterios que concluyen los casos.

Las resoluciones emitidas, mantienen entre ellas una contradicción de fundamentos y fallos, que en la práctica son una auténtica llamada al recurso, puesto que dependiendo de la Sección concreta, nos encontramos que la solución que se adopta para los mismos presupuestos es una o su opuesta.

Ejemplo de lo anterior, fue el caso de los «manteros» (considerado delito o no según la sala a la que llegara la apelación de la resolución del Juzgado de instrucción o la sentencia del juzgado de lo penal). La consecuencia era que el mismo hecho generaba antecedentes penales o la absolución. Habiéndose logrado en su día, acuerdo entre las tres Secciones, la modificación legal posterior ha quedado sin aplicación en virtud de tales acuerdos. El problema es que, en este momento, se mantienen entre las tres Secciones penales, discrepancias sobre la consideración de delito o no de las sustracciones en los llamados «puntos limpios», sobre el concepto de precio de venta al público... con la diferente consecuencia de condena o absolución para el mismo hecho, o en otros casos de condena por delito o por falta. Obviamente, si el recurso es en la fase de investigación, determina la continuación a juicio o el archivo. De igual modo, los temas procesales sobre cuando se entiende correcta una forma determinada de notificación, extremo este que permite o no el recurso, o la interpretación de los requisitos para la sustitución de la pena, etc., generan idéntica contradicción, que, como adelantaba, es una auténtica llamada al recurso y no permite fijar una práctica uniforme en los juzgados, a pesar de que quien emite la resolución, es consciente de las relevantes consecuencias de adoptar la posición de una u otra Sección (posibilidad de recurso o conclusión del procedimiento, ingreso en la cárcel o pena sustitutiva...). Por añadir, si es posible, algo de humor a situación tan preocupante, también han existido las discrepancias en temas no tan relevantes para el ciudadano, pero si de importancia en cuanto a las formas y técnica jurídica exigible. Es el caso de los recursos sobre la validez de las sentencias absolutorias en las que no se recogen hechos probados. La opción de recurrir por nulidad aquellas sentencias que obvian cualquier referencia, ha tenido también respuesta diferente. La cuestión que afectaba fundamentalmente a dos juzgados que, de forma sistemática, obviaban los hechos probados al absolver, al ser objeto de recurso por la Fiscalía, la resolución concluía, dependiendo de la Sección que resolvía el recurso, con una reprobación al juez o a la fiscalía como recurrente.

Independientemente de las mejores o peores razones o del acierto de uno u otro pronunciamiento de cualesquiera de las tres Secciones, lo cierto es que el resultado de esta falta de acuerdo, es contrario a la misma idea de justicia y a la seguridad jurídica, sin desdeñar las repercusiones procesales, por cuanto ejerce un importante efecto llamada a recursos, en el razonable deseo de que el asunto sea conocido por la sección que mantiene de los dos criterios, el que defiende el recurrente. Recursos que posiblemente desaparecerían de existir una interpretación consolidada.

Cierto es que esta situación que se narra de una provincia, puede existir igualmente si la comparación la hiciéramos respecto a casos y Audiencias de provincias limítrofes de esta Comunidad autónoma o de otras. Pero, partiendo de reconocer que no es esta una problemática específica de una provincia, si interesa constatar que lo expuesto con relación a la misma, lejos de solucionarse, se mantiene y va en aumento. Ello se agrava, con los casos en los que se admiten y resuelven recursos sobre cuestiones ya resueltas en el mismo procedimiento, a pesar de que, como manifestación de la tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional viene señalando que las decisiones judiciales firmes, no deben quedar sin efecto una vez adoptadas, no procediendo el que sean revisadas, modificadas o reabierto el debate sobre lo ya resuelto. Se trata como se expone en conocidas resoluciones de dicho tribunal, de una auténtica prohibición de revisar fuera de los casos previstos en la ley, incluso si se entendiera con posterioridad que la decisión no se ajustaba a la legalidad, puesto que no se trata solo de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales, sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial dado que ella es consustancial a la tutela judicial efectiva, de forma que se atacaría directamente a esta, cuando se volviese a conocer de una resolución firme. Sin embargo, en la práctica que conocemos, los recursos admitidos sin hechos nuevos, o con extrapolaciones no admitidas por el Tribunal Supremo, o basándose en nuevos criterios de interpretación de la Sala, permiten revisar aquello sobre lo que ya había firmeza, siendo así, que respecto a los mismos, solo cabría el incidente de nulidad del artículo 241-1.³ LOPJ, que en su nueva regulación permite su interposición con base en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 53 CE. La cuestión es que la resolución de este incidente por el mismo órgano que ha incurrido en la nulidad, ofrece pocas posibilidades de evitar el mantenimiento de decisiones que no se autolimitan en su capacidad de revisión de lo ya dictado.

Expuesta esta realidad, no me cabe duda, que fomentar los acuerdos, establecer pautas de interpretación, publicidad de las misas y sobre todo respeto por parte de los integrantes de las Salas de Audiencia Provincial a los Acuerdos que se adopten, va en aumento de las garantías y no en desdoro de principios de carácter general, importantes, pero que no pueden convertirse en excusa para una justicia deficiente. Quizá, de lo que se trata, es de recordar que las resoluciones dan respuestas al ciudadano, y ninguna Administración debe olvidar el principio de igualdad ante la ley, no solo en el acceso, sino en la conclusión.

Creo que el ciudadano puede exigir de la Administración de justicia, y más en concreto de las resoluciones judiciales, un cierto grado de

previsibilidad, ya que la misma se encuentra directamente relacionada con sus derechos a la seguridad jurídica y a la igualdad.

Nadie puede discutir la importancia de la independencia judicial, y menos desde el Ministerio Fiscal encargado también de su defensa por mandato constitucional, pero no hemos de olvidar que la razón de ser de la misma, es obtener la imparcialidad de la resolución. La independencia judicial no puede convertirse en un fin en si mismo, privándole de su esencia de medio para que se pueda garantizar el derecho del ciudadano al juez predeterminado por ley y a la tutela judicial efectiva. La jerarquía funcional, nunca ha atentado contra la independencia judicial, siendo por contra uno de los pilares que permiten que el recurso y el sistema de filtros que es la Administración de justicia responda correctamente en su actuación, evitando arbitrariedades. Por ello, al actuar con jerarquía funcional, el tribunal colegiado que conoce en apelación, o que actúa jurisdiccionalmente, debe hacerlo con criterios de coordinación y de sujeción a las reglas de la mayoría como en las deliberaciones de los órganos colegiados, en una suerte de supeditación funcional a ese acuerdo. Ello, porque no otra cosa son los plenos jurisdiccionales y no jurisdiccionales, en los cuales los que emiten voto en contra, ajustan sin embargo su criterio al acuerdo de la mayoría, sin merma de su independencia.

El Tribunal de instancia, pudiera ser la estructura que, por aproximar y conjuntar la actuación de los jueces que lo componen, propicie con ayuda de las normas examinadas en este apartado tercero, que las resoluciones judiciales ofrezcan mayor seguridad sin riesgo de anquilosamiento o de limitación del lógico espacio de interpretación que ha de reconocerse a quien aplica el derecho. Pero de no prosperar esta nueva estructura, urge potenciar mecanismos de acuerdos de pleno jurisdiccional o no jurisdiccional, de carácter vinculante, que excluyan las discordancias lesivas de derechos que en este momento se producen.

Para concluir, es cierto que el Anteproyecto puede no encontrarse entre las prioridades del nuevo Ministro de Justicia, dejándose para un momento posterior porque hemos de reconocer que en este ámbito de proyectos legislativos las decisiones a tomar han de superar la prueba del paso del tiempo. Pero, de futuro, resultaría desazonador que la búsqueda de textos intachables o de consenso total, paralice la actividad exigible al poder legislativo y ejecutivo, dejando caer uno tras otro, proyectos y esfuerzos, sin afrontar un cambio de estructura de Administración de justicia y de procedimientos, que en opinión de quien esto escribe, es demasiado necesario para seguir posponiéndolo.

Textos consultados

- Espina Ramos, J. y Vicente Carbajosa, I.: *La futura Fiscalía Europea*. Ministerio de Justicia. Madrid, 2008.
- Gómez Colomer, J.L., «Altos Funcionarios y protección procesal penal (Un intento de aclaración)» en *Jornadas sobre Derecho Administrativo y Derecho Penal. Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*. Ministerio de Justicia. Madrid, 1998.
- Moreno Catena, V.: «Las Diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal y el derecho de defensa», en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*. Ministerio e Justicia. Madrid, 1997.
- Pacheco Carve, L.: «El Fiscal en el Derecho comparado», en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*. Ministerio de Justicia. Madrid, 2001.
- Ruiz-Jarabo Colomer, D.: *La aplicación del art. 177 del Tratado de Roma por los órganos españoles. La cuestión prejudicial*. Vitoria-Gasteiz, 1994.
- Vallet de Goytisolo, Juan Berchmans, *Metodología de la determinación del Derecho*. Centro de Estudios R. Areces. Madrid, 1994.
- Vives Antón, T.S.: *La Reforma del Proceso penal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1992.

La oficina judicial en el Anteproyecto de la LOPJ

Blanca R. Barbero Blanco
Secretaria Coordinadora de Bizkaia

I. Introducción

El 4 de abril de 2014 el Consejo de Ministros, a propuesta del ministro de Justicia, aprobó el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, ALOPJ), con el que se busca, conforme nota de prensa del Ministerio de justicia «la agilización definitiva de la justicia adaptando las estructuras existentes a la realidad económica, social y jurídica del siglo XXI». Determina que el objetivo es agilizar la justicia y reducir los tiempos de resolución con tres medidas principales, la primera de las cuales es la reorganización de los tribunales a través de la puesta en marcha de los Tribunales Provinciales de Instancia.

Tres cuestiones se plantean, desde el punto de vista de la oficina judicial y previo análisis de las modificaciones que en materia de oficina judicial ha introducido el Anteproyecto, en relación a este objetivo y medida:

- La primera es si la oficina judicial diseñada en el ALOPJ se adapta a esta nueva estructura judicial.
- La segunda, es si estas necesarias adaptaciones han supuesto un cambio en el diseño de la oficina judicial, respecto del que aparece en la actual LOPJ tras la reforma operada en la misma por la Ley Orgánica 19/2003, de 29 de diciembre.
- Y la tercera es si en la nueva regulación se solventan los problemas que se han detectado en las recientes implantaciones.

II. Modificaciones introducidas por el Anteproyecto en la regulación de la oficina judicial

Dos son los cambios más visibles que se aprecian en el Anteproyecto de LOPJ en lo referente a la regulación de la Oficina Judicial.

En primero es el cambio de ubicación de la normativa reguladora de la oficina judicial, que en el Anteproyecto se integra en el Libro II «De la organización y funcionamiento de los Tribunales», en su último Título V «Régimen de organización y funcionamiento de la administración al servicio de los tribunales».

En la actual LOPJ se encuentra en el Libro V «De los secretarios Judiciales y de la Oficina Judicial», bajo un título similar al del Anteproyecto «Régimen de organización y funcionamiento de la administración al servicio de los jueces y tribunales».

Este cambio de ubicación aparece fundamentado en la Exposición de motivos del Anteproyecto de forma muy somera:

La regulación de ésta se trae a este Libro II, donde tiene su sede natural desde el momento en que se trata de un elemento indispensable de cualquier órgano judicial. Además, con base en la experiencia adquirida en estos últimos años y la implantación de los Tribunales Provinciales de Instancia que llevará la organización colegida a todas las instancias, *se prevé que las Salas de Gobierno y los Presidentes, en el ejercicio de sus competencias, puedan adoptar acuerdos y decisiones en esta materia.*

Parece por tanto que el cambio de ubicación se fundamenta, en primer lugar, en el carácter esencial más que instrumental de la oficina judicial para la actividad jurisdiccional. El CGPJ acoge de forma positiva este cambio de ubicación y en el informe al ALOPJ, lo fundamenta a su vez en que al tratarse de «un elemento indispensable de cualquier órgano judicial, a lo que podríamos añadir imprescindible para el funcionamiento de los Tribunales su sede natural es esta y no en la parte, que como hasta ahora, se había incluido que era la que trataba del Cuerpo de Secretarios Judiciales (Letrados de la Administración de Justicia en el ALOPJ)».

En segundo término, la EM vincula el cambio de ubicación, a que la creación de los Tribunales Provinciales de Instancia va a implicar una organización colegida en todas las instancias que parece va a requerir que presidentes de los TPI y las Salas de Gobierno asuman nuevas competencias en materia de oficina judicial. Sin embargo esta previsión no ha tenido reflejo normativo posterior, no llega a concretar cuáles son las nuevas funciones de Presidentes y Salas de Gobierno en esta materia, tampoco establece los mecanismos de coordinación necesarios entre los TPI y las distintas unidades que componen la oficina judicial, ni determina el procedimiento y el organismo que resuelva los conflictos que la experiencia en la implantación sí ha puesto de manifiesto que se producen entre jueces y secretarios, secretarios y comunidades autónomas con competencias en esta materia.

Considero más correcta la ubicación actual en la que la oficina judicial queda vinculada a los secretarios judiciales. Especialmente los servicios comunes, constituyen una organización de medios y personas, cuya competencia se distribuye entre el Ministerio de Justicia y las CCAA con competencias transferidas, a cuyo frente se encuentra un secretario judicial, y cuya actividad fundamental es la aplicación de normas procesales, cuya competencia atribuye el legislador al Secretario Judicial, o funciones administrativas, cuya gestión y organización esta atribuida igualmente al Secretario Judicial. La ubicación proyectada separa la oficina de quien es su director. Ello contribuye por una parte, a la dispersión en la regulación de las funciones del Secretario Judicial y por otra a la reiteración de otras como la de dirección de la oficina judicial que aparece en los artículos 298, 541 y 548, o la de velar o responder del exacto cumplimiento de las resoluciones judiciales que se repite en los artículos 156 y 299 entre otros.

El Anteproyecto remarca el carácter instrumental de la oficina, al servicio de los tribunales, para el efectivo ejercicio del poder judicial, como no podía ser de otro modo, pero esta organización debe regirse por los principios de eficacia y eficiencia que requieren la optimización de recursos humanos y materiales, para la obtención de un servicio público ágil, rápido y próximo al ciudadano. Comparto plenamente el criterio del CGPJ en este punto cuando establece en su informe que

La NOJ [Nueva Oficina Judicial] puede y debe organizarse y funcionar de forma autónoma a los Tribunales, aunque respetando en todo momento la función última que la configura, que es la de ser la administración al servicio de los Tribunales. La estructura jerárquica del cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia posibilita lo que el ALOPJ denomina órganos de gobierno del Cuerpo, que son diferentes a los que se señalan para los Tribunales; sin que esto suponga que no deban coordinarse cuando surjan disfunciones, pero al tratarse de dos organizaciones diferentes, cada una debe estar sometida a sus respectivos órganos de gobierno.

Resulta evidente la vinculación de la oficina judicial con el Secretario Judicial y la nueva ubicación no viene sino a contribuir a la dispersión normativa, a la que me he referido con anterioridad, al separar en Libros distintos la regulación del funcionamiento y estructura de la oficina judicial por un lado, y las funciones y el estatuto del Secretario Judicial, director de la Oficina, por otro. Entiendo que en un mismo libro debería regularse la oficina judicial y todo el personal que allí presta sus servicios. Allí debería definirse de forma homogénea:

- Su diseño, incluyendo todas las variables derivadas de la implantación de todos o algunos de los servicios posibles y las correlativas competencias de la UAD [Unidad de Apoyo Directo] en cada caso.
- Una definición de las funciones y responsabilidades de todos los intervinientes.
- Una definición de las interrelaciones que se producen dada la pluralidad de administraciones que confluyen en la misma.
- Regulación de los mecanismos de control de las distintas unidades que componen la oficina y de resolución de conflictos.

El cambio de ubicación parece querer responder a las críticas de algunos sectores que han visualizado la NOJ como un intento de aislamiento del juez respecto de la oficina judicial, de desapoderamiento del poder judicial en esta materia y de intromisión del poder ejecutivo en el poder judicial. Sin embargo, creo que estas tesis solo tienen reflejo en la exposición de motivos y formalmente en el cambio de ubicación, pero no en el contenido de la normativa que regula la oficina judicial. De hecho, en las funciones atribuidas a salas de gobierno y presidentes de los TPI, no se refleja modificación o diseño que avale esta concepción.

El segundo cambio afecta de forma muy parcial a los artículos que regulan la oficina judicial, introduciendo pequeñas variaciones en la regulación actual que en su mayor parte reproduce de forma mimética la contenida en la actual LOPJ.

Estas pequeñas variaciones se refieren en primer lugar, a las actuales UPAD:

- Pasan a denominarse UAD. Desaparece el término «procesal» en la denominación de esta unidad de oficina judicial.
- Se suprime expresamente en su definición la siguiente frase «integrando junto a sus titulares en el respectivo órgano judicial,»
- establece que «Las Unidades de apoyo directo **podrán** contar con un Letrado de la Administración de Justicia que ejercerá las competencias y funciones que le son propias. Por motivos de racionalización del servicio, un mismo Letrado de la Administración de Justicia podrá actuar en más de una de estas Unidades».

En segundo término, afectan también levemente a los servicios comunes:

- Prevé que la extensión territorial de sus competencias se corresponderá con la del tribunal al que sirve pero que excepcionalmente, pueden tener un ámbito territorial inferior cuando la

mejor prestación de servicios a los ciudadanos así lo exija. Esta previsión parece responder a la posibilidad de mantener los centros de destino municipales conservando los servicios comunes con competencia territorial en los actuales partidos judiciales. De hecho, parece ser que esta posibilidad va a ser la norma general y no la excepción.

- No modifica la regulación de los servicios de ordenación, salvo para determinar que ahora es el CGPJ el que debe instar del Ministerio o de las CCAA correspondientes su creación, a petición de las Salas de Gobierno.
- Por último y referido a ambas unidades de oficina judicial, UAD y Servidos Comunes suprime la frase «La actividad principal de estas unidades viene determinada por la aplicación de normas procesales».

Realmente estas pequeñas modificaciones determinan a mi juicio un profundo cambio en el modelo de oficina judicial, sin querer imprimirle este carácter, sobre todo en lo referente a la regulación de las UAD, como analizaremos a continuación.

III. Oficina judicial y Tribunales provinciales de instancia

La primera cuestión planteada es sobre la adaptación de la nueva regulación de la oficina judicial a la nueva estructura judicial. Creo que la adaptación es meramente formal, limitándose a lo largo de su articulado a sustituir las palabras Juez y Magistrado por Presidente del Tribunal, presidentes de sala o juzgado por tribunal, sala, sección o unidad judicial.

En esta dirección, delimita el ámbito territorial de los Servicios Comunes en relación con el de los TPI, pero prevé, como he dicho antes, la posibilidad de servicios comunes de ámbito municipal.

Sin embargo, no regula la actividad de estos servicios, ni cómo serán sus relaciones con las distintas unidades judiciales y UAD, que pueden estar ubicadas o no, en otra localidad y las relaciones con los servicios comunes de ámbito provincial y que con seguridad realizaran actividades concurrentes.

De hecho la posibilidad de servicios con ámbito territorial inferior al de los TPI se perfila de forma excepcional, cuando conforme a las últimas noticias se prevé que de forma general se respeten los actuales partidos judiciales y lógicamente, los edificios judiciales.

Con respecto a las relaciones entre el TPI, sus UAD y el servicio común, no se regula de forma expresa y detallada, tal como es de espe-

rar, dados los conflictos que se han generado en la implantaciones y que han motivado las Instrucciones del CGPJ 2/2010, sobre el ejercicio de las facultades de dirección e inspección de los jueces y magistrados y la Instrucción 1/2011 sobre el funcionamiento de las UPAD a Jueces y Magistrados y su actuación coordinada con los Servicios Comunes Procesales, esta última dictada conjuntamente con el Ministerio de Justicia.

La implantación de los TPI implicará un profundo cambio respecto a la actual estructura sin que apenas se contengan normas que regulen estas nuevas relaciones, limitándose a reproducir la normativa anterior con la única diferencia que implica la atribución de las mismas funciones, a otros, como el Presidente del TPI o los Presidentes de Sala.

Apenas contiene el Anteproyecto preceptos reguladores de estas nuevas relaciones. En su mayor parte, se han limitado a introducir pequeñas modificaciones en los actuales. Así, el apartado 2 del artículo 302 señala que «Los Jueces, en los procesos cuyo conocimiento tengan atribuido, podrán requerir del funcionario responsable de su tramitación o del Letrado de la Administración de Justicia que la dirija cuanta información consideren necesaria para el ejercicio de sus funciones». Este apartado supone un desarrollo mayor de lo previsto en el 436.6 LOPJ vigente, en el que se dice solo: «Los jueces y magistrados, en las causas cuyo conocimiento tengan atribuido, podrán requerir en todo momento al funcionario responsable cuanta información consideren necesaria».

No obstante, debe ponerse en relación con el artículo 156 que trata del ejercicio de la función jurisdiccional, y que señala:

Corresponde a los Letrados de la Administración de Justicia, en su condición de jefes de la Oficina judicial, garantizar que las decisiones adoptadas por los Jueces en el ejercicio de sus competencias se ejecuten correctamente, y velarán porque el resto del personal al servicio de la Administración de Justicia les auxilie en todo aquello que sea preciso para el correcto desempeño de sus funciones.

Comparto plenamente el informe del CGPJ en este punto, cuando establece

que hablar del funcionario responsable de su tramitación resulta confuso e induce a error, puesto que es al Letrado de la Administración de Justicia a quien corresponde la responsabilidad de la tramitación de los procesos, dirigiendo en el aspecto técnico-procesal al personal de la administración de justicia integrante de la OJ. Debido a ello sería más adecuado que la información que los Jueces soliciten, en los procesos cuyo conocimiento tengan atribuido, se realice directa-

mente al Letrado de la Administración de Justicia responsable de la unidad o servicio de la OJ, que será al que le corresponde, en última instancia, velar y garantizar esa información, y es a ellos a quienes se le atribuye directamente la responsabilidad en cuanto a la dación de cuenta a los jueces (art. 539).

No obstante, se ha venido demandado y resulta necesario prever y regular de forma detallada el acceso del Juez al expediente con independencia de su ubicación física para la tramitación. En aquellos casos que se conozca cual es el funcionario que lleva la tramitación, los jueces pueden solicitar de él directamente la información que consideren necesaria para el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Para ello, lo que resulta más eficaz y debería incorporarse ya a la ley, es la utilización de las herramientas derivadas de las nuevas tecnologías. Teniendo en cuenta que el expediente electrónico va a permitir la visualización y la integración de las resoluciones judiciales y del secretario en los procedimientos de forma inmediata, a través de la firma electrónica, sin necesidad de itinerar los expedientes físicos, este «requerimiento de información» va a resultar mucho menos problemático que en la actualidad dada la accesibilidad de todos los interesados al expediente. Por el contrario, la introducción de nuevas tecnologías va a producir otro tipo de incidencias, relaciones internas y con profesionales que interactúan con la administración de justicia (abogados, procuradores, policía, peritos) que entiendo son necesarios analizar y regular en la LOPJ.

En relación con el requerimiento de información pero de naturaleza gubernativa, introduce un artículo, el artículo 302 párrafo 1 y señala que los Presidentes y las Salas de Gobierno podrán recabar de los Letrados de la Administración de Justicia responsables de los SCPS cuanta información consideren necesaria para el ejercicio de sus funciones gubernativas. En relación con esta información gubernativa estimamos, al igual que lo manifestado por el CGPJ en su informe, más oportuno que se lleve a cabo a través de los órganos de gobierno del Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia, es decir, el Secretario de Gobierno o el Coordinador.

Con respecto a la dirección e inspección de la tramitación y la inspección ordinaria de los tribunales se han introducido en el Anteproyecto, modificaciones a la Propuesta de Reforma de LOPJ elaborada por la Comisión Institucional creada por acuerdo de consejo de Ministros, de 2 de marzo de 2012. La propuesta inicial implicaba un reforzamiento de las facultades de dirección e inspección de los jueces, presidentes de sala y presidentes de TPI en estos aspectos, siguiendo las líneas generales de la propuesta, de introducir un control y dirección, no en el ámbito jurisdiccional, sino gubernativo sobre la oficina judicial.

El Anteproyecto introduce algunas mejoras al respecto y modifica el artículo 143 de la propuesta, que es el 156 del Anteproyecto y elimina la dirección e inspección en la tramitación, equivalente a la superior dirección que regía con anterioridad a la reforma de la LOPJ de 2003, y que implicaba una bicefalia en la dirección de la oficina judicial, difícil de administrar y fuente de conflictos. El art. 156 del Anteproyecto establece que:

1. La jurisdicción de cada Juez es improrrogable e indelegable, debiendo verificar que en la tramitación de los asuntos que le hayan sido turnados no existen anomalías que perjudiquen el ordinario ejercicio de su función jurisdiccional. De apreciarlas lo pondrá en conocimiento del Letrado de la Administración de Justicia para que éste proceda a su inmediata corrección.

2. Corresponde a los Letrados de la Administración de Justicia, en su condición de jefes de la Oficina judicial, garantizar que las decisiones adoptadas por los Jueces en el ejercicio de sus competencias se ejecuten correctamente, y velarán porque el resto del personal al servicio de la Administración de Justicia les auxilie en todo aquello que sea preciso para el correcto desempeño de sus funciones.

Entiendo que es necesario regular de forma expresa los mecanismos de resolución de conflictos que surjan cuando el requerimiento de información fuese desatendido o la información suministrada no fuera satisfactoria. El informe del CGPJ, entiende que sería conveniente atribuir a las Salas de Gobierno facultades resolutorias en esta materia. Sin perjuicio de ello, creo que deberían establecerse vías de comunicación y resolución de conflictos previas, que de una forma normalizada resolvieran este tipo de desacuerdos, detectaran áreas de mejora contribuyendo, en definitiva, a la mejora del servicio público. Estas vías de comunicación pueden ser comisiones de coordinación en las que se integren los distintos implicados, Presidentes de TPI, Sala o Sección, Secretario Coordinador, director del servicio correspondiente, letrado de UAD, representante de la respectiva CCAA. Los integrantes deberían variar dependiendo del área de mejora afectada.

En lo que respecta a la inspección ordinaria, como pone de manifiesto el CGPJ en su informe, se considera necesario contemplar de un modo específico la inspección cuando exista despliegue de la NOJ. Será preciso establecer una coordinación entre las atribuciones que el Anteproyecto confiere a todos los órganos de gobierno que pueden ejercer la misma y vigilar el funcionamiento de las Salas y Secciones de sus respectivos Tribunales en el artículo 289, con las atribuciones que legalmente se confieren a los Secretarios de Gobierno en la inspección de los servicios comunes, «debiendo prevalecer una visión integrada de la

actuación de los Secretarios de Gobierno, los Presidentes de Tribunales y el Servicio de Inspección del CGPJ». A lo que hay que añadir las competencias de las CCAA con claras competencias en esta materia.

En definitiva y respondiendo a la primera cuestión planteada, entiendo que el modelo de oficina judicial diseñado en el Anteproyecto parte del modelo actual, y no se adapta a la nueva estructura judicial. No regula el impacto que va a suponer la creación de los TPI, no prevé las diferentes formas que van a adoptar en su despliegue y tampoco define el modelo de oficina que se requiere para su plena eficacia.

IV. Diseño de la oficina judicial en el Anteproyecto

En líneas generales y salvo las modificaciones anteriormente recogidas, como se ha venido exponiendo, se ha reproducido el modelo de oficina judicial introducido en la reforma de la LOPJ en el 2003 y que tiene sus antecedentes en la reunión de Ministros del Consejo de Europa de 16 de septiembre de 1986 donde se reconocía que la situación de perpetuo atasco en los juzgados y tribunales europeos no puede prolongarse por más tiempo, por lo que recomienda a sus miembros iniciar un proceso de desjudicialización que culmine con la exclusión del ámbito jurisdiccional de todo aquello que pudiera no ser jurisdiccional, para lo cual se deberían arbitrar mecanismos que facilitaran esa labor y encomendaran esas competencias a otros órganos, incluso ajenos al propio personal funcionarial.

Se fundamenta también en la doctrina del Tribunal Constitucional, sobre todo a raíz de sus sentencias 56/1990, de 29 de marzo, y 62/1990, de 30 del mismo mes, coetáneas con los trabajos de la comisión creada al efecto dentro de la Comisión General de Codificación. Estas sentencias, siguiendo las tesis anteriores, desmitifican lo jurisdiccional para acuñar una nueva terminología, la denominada «administración de la Administración de Justicia», de manera que todo aquello que no entra dentro de los derechos fundamentales de los ciudadanos en su acceso a la justicia puede considerarse potestativo de ser excluido del ámbito del Poder Judicial y ubicarse en el terreno competencial que le es propio al Poder Ejecutivo.

El libro Blanco elaborado por el Consejo General del Poder Judicial ofrecía un diagnóstico de la situación de la Administración de Justicia. De él cabe destacar que entre sus recomendaciones se reclamaba un cambio copernicano en la organización y gestión de los recursos destinados a la Administración de Justicia y, sobre todo, hacía mucho hincapié en que el secretario judicial asumiera un protagonismo que, de-

traído de los jueces, permitiera elaborar una nueva organización más ágil, rápida y próxima a los ciudadanos.

Otro hito a tener en cuenta en este período anterior a la LO 19/2003 es el pacto al que los dos principales Partidos de España llegaron en 2001, por el que se comprometían a efectuar la reforma de las estructuras judiciales que los ciudadanos venían reclamando desde hacía años. Este pacto de Estado vino precedido de una reunión de las tres Administraciones que confluyen en la Administración de Justicia (Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Justicia y Comunidades Autónomas) en las islas Canarias, donde se estableció el marco fundamental del posterior pacto.

En esencia el Anteproyecto continua esta línea pero la Propuesta de Reforma de LOPJ elaborada por la Comisión Institucional creada por acuerdo de consejo de Ministros, de 2 de marzo de 2012 se alejaba del modelo instaurado en 2003 reforzando las facultades de dirección de los jueces en la oficina judicial, instaurando de nuevo un modelo bicéfalo de dirección que ya se había abandonado por ineficaz. Esta tendencia se ha dulcificada en las reformas introducidas en esta propuesta en los artículos 143, 277, 278, 275, 276, 256. La propuesta incidía, a mi juicio, en la confusión ya imperante entre las funciones organizativas de la oficina judicial, las gubernativas de los órganos de gobierno de los Tribunales, las jurisdiccionales y las procesales. Las modificaciones de los citados artículos en el Anteproyecto no resuelven esta confusión ni delimitan las competencias del CGPJ, de las CCAA, ministerio, jueces y secretarios en esta materia, que cristalizan en la oficina judicial.

Tampoco se define de forma clara el modelo, ni aclara si abandona el anterior o quiere profundizar en el mismo. No hay mas referencias en esta materia que las recogidas anteriormente, que parecen querer incidir en la necesaria conexión de la oficina judicial con los Tribunales, como no podía ser de otro modo, pero sin definir su alcance y modificaciones derivadas de este principio por el que parece optar.

Modifica levemente la concepción de la UAD a las que quita el adjetivo de procesales, ya no recoge que integran el órgano judicial, ni que su actividad fundamental sea la procesal. Parece que se encamina a recoger así una reiterada demanda del CGPJ y así establece en su informe:

Las funciones del personal destinado en las UAD deben limitarse a asistir al Juez de manera directa en el ejercicio de las funciones que les son propias. Por tanto, la asunción por estos funcionarios de labores derivadas de la aplicación de las leyes procesales que en el diseño orgánico corresponden a los SCP, supone una grave intromisión en el

espacio funcional que debe quedar vinculado únicamente a las órdenes, la dirección y asistencia directa a los Jueces. Tal intromisión supone, además, un riesgo de sobrecarga de las UAD.

Por ello en la propuesta preveía que no hubiera secretarios en estas unidades, dado que no realizan funciones procesales, las cuales constituyen las principales de este cuerpo. Parece ser que el legislador opta por que estas UAD realicen actividades burocráticas y de asistencia al órgano judicial y que las procesales se concentren en servicios comunes bajo la dirección de los Secretarios Judiciales. Efectivamente, en las implantaciones que han optado por los servicios de ordenación del procedimiento se ha constatado la ineficacia de estas UPAD tal como están concebidas, contribuyendo a la burocratización del procedimiento con traslados innecesarios, problemas que parece tampoco se han resuelto con la última modificación de la resolución que disminuye la dotación mínima de estas UPAD.

En las implantaciones en las que no se han creado los servicios de ordenación, el modelo recogido en el Anteproyecto no es operativo. Las UPAD realizan actividades procesales, en concreto toda la fase declarativa del procedimiento y las resoluciones en ejecución que corresponden al órgano judicial. Quizás por ello el Anteproyecto prevé que pueda haber Letrado de la Administración de Justicia en las UAD e incluso que un Secretario judicial preste sus servicios en varias UPAD. En todo caso esto incide en la indefinición del modelo. Si se opta porque toda actividad se concentre en los servicios comunes así debe establecerse imperativamente. Si la razón de la indefinición es el mal funcionamiento de los servicios de ordenación deben estudiarse y recoger las soluciones u optar por otro modelo.

El legislador parece optar por los servicios comunes, de hecho, de su articulado se deduce una identificación entre oficina judicial y servicios comunes, dejando al margen las UAD. Así en el artículo 298 establece que al frente de la oficina judicial habrá un Letrado de la Administración de justicia, cuando antes establece como criterio general que en las UAD no hay letrados.

Partiendo de la idea de que los servicios comunes son el elemento fundamental de la oficina y que deben realizar labores centralizadas de gestión, tramitación y ejecución de los procesos y atendiendo a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica a los que se encuentran sometidos los Secretarios Judiciales, principios especialmente reforzados en el ALOPJ, el apartado 3 del artículo 536 indica que «En el ámbito procesal, los órganos de gobierno establecidos en el artículo 560 podrán promover o adoptar, en el marco de sus respec-

tivas competencias, criterios generales que permitan homogeneizar las actuaciones y resoluciones dictadas por los Letrados de la Administración de Justicia».

Sin embargo entiendo que este párrafo es desacertado y comparto el criterio manifestado por el CGPJ en este punto sobre las dudas de carácter constitucional que se derivan de esta regulación, en lo que hace a los límites que han de fijarse a las posibilidades de intervención o injerencia del Poder Ejecutivo en las funciones de carácter procesal del cuerpo de Secretarios Judiciales, puesto que estas se integran en las definitorias de la actividad jurisdiccional. Así establece:

Semejante redacción debería descansar en una previa y clara distinción de los dos grandes grupos de funciones atribuidas a los integrantes de ese Cuerpo: Las que cabe denominar «intra proceso», caracterizadas por su ejercicio para el desenvolvimiento del proceso, en las que los principios de actuación no han de ser otros que los de legalidad e imparcialidad; y en las que debe preverse la admisión, sólo, de eventuales instrucciones —siempre y sólo justificadas por lo que pueda requerir el pleno disfrute del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva— del titular del órgano judicial. Ahí, la independencia que la Constitución proclama respecto de la función jurisdiccional, repele de raíz toda intromisión de poderes u órganos ajenos. Y, ahí, debe admitirse que quien ha de dispensar en el proceso tutela judicial efectiva, pueda acordar, motivadamente, lo preciso para el pleno disfrute de este derecho. Y las «extra proceso», caracterizadas por ser ajenas al desenvolvimiento citado, o meramente instrumentales para él, como serían, sólo, las de organización de la oficina judicial; organización, gestión, inspección y dirección de su personal; registro de recepción de documentos; llevanza de libros; depósito de bienes, objetos y piezas de convicción, y cantidades, valores, consignaciones y fianzas; gestión de tributos; custodia de las actuaciones judiciales; información sobre el estado de éstas; soporte en que hayan de quedar documentadas; estadística; y otras funcionalmente análogas, en las que, y sólo en ellas, cabría pregonar la sujeción a los principios de jerarquía y unidad de actuación, admitiendo, ahí sólo, instrucciones generales y particulares dirigidas a homogeneizar, tan sólo, esas actuaciones, sin alcanzar a las resoluciones que hayan de dictar los ahora denominados Letrados de la Administración de Justicia.

En definitiva, al igual que en la regulación actual los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica deben informar exclusivamente las funciones organizativas y de gestión. En materia procesal y de fe pública por el contrario, deben actuar el de legalidad e imparcialidad.

Por lo expuesto, respecto a la segunda cuestión planteada al inicio de la exposición, cabe concluir que las modificaciones introducidas en la regulación de la oficina judicial, no han supuesto un cambio de modelo organizativo, si bien se desprende de la misma una clara intención de reforzar la conexión entre los tribunales y la oficina judicial, pero sin desarrollar normativamente este cambio de criterio.

V. Revisión del proceso de implantación en el Anteproyecto

Los procesos de implantación de la NOJ que se han producido en distintos partidos judiciales, unos bajo la dirección del ministerio de justicia y otros de las CCAA con competencias transferidas en materia de justicia, han puesto de manifiesto grandes dificultades derivadas de la concurrencia de una pluralidad de agentes con competencias en la materia, CGPJ, Ministerio, CCAA, Jueces, Secretario y Personal al Servicio de la Administración de Justicia, Sindicatos, como he venido exponiendo.

La creación de los servicios comunes se fundamenta en una previa atribución de competencias procesales a los Secretarios Judiciales, que permita una gestión uniforme y ágil de los procesos, remitiéndose a las UPAD exclusivamente los procedimientos cuando resulte necesaria la correspondiente resolución judicial. Si en un principio los servicios de ordenación iban a constituir un elemento esencial en la NOJ, la práctica ha puesto de manifiesto grandes dificultades en su implantación. Desconozco si hay algún informe realizado por el Ministerio de Justicia o el CGPJ que haya analizado de forma objetiva las carencias del servicio o las causas que motivan sus deficiencias, aunque se habla de forma global de errores en la dotación de las UPAD, falta del expediente electrónico, excesiva burocratización en las relaciones UPAD-SOP, falta de coordinación jueces-secretarios, y en general, como en todos los procesos de cambio, defectos en la comunicación y transmisión de información y sobre todo resistencia al cambio.

Consecuencia de todo ello, en los procesos de implantación posteriores a Burgos y León, se ha optado por no crear los servicios de ordenación, limitándose a la creación de servicios generales y de ejecución.

Los servicios generales, que realizan funciones de carácter administrativo y organizativo no han presentado problemas, contribuyendo claramente a la unificación de tareas y funciones y a la optimización de recursos humanos y materiales.

Los servicios de ejecución tampoco han presentado excesivos problemas en el orden civil dadas las atribuciones procesales que en este

orden tienen atribuidos los Secretarios Judiciales. En el orden penal se requiere con mucha frecuencia la necesidad de remitir los expedientes a la UPAD, por lo que se ha hecho necesario encontrar mecanismos en la práctica que permitan agilizar estos procesos. De hecho en el País Vasco son muchas las resoluciones que deberían realizarse en las UPAD pero se realizan en los SCEJ siguiendo criterios comunes fijados previamente por los jueces.

A lo largo del proceso son mucho los conflictos competenciales que se han ido produciendo, algunos derivados de la falta de regulación legal de las nuevas interrelaciones que se producen en este proceso (directores de servicio con jueces decanos, directores con CCAA con competencias transferidas, directores y secretario de UPAD, etc.) de la falta de definición de nuevos puestos de trabajo, y de la concurrencia en estos puestos de funciones organizativas y de gestión, procesales y las de colaboración con todas las administraciones concurrentes, que exigen una minuciosa regulación y que no puede limitarse a un fomento de la colaboración y la coordinación.

El Anteproyecto no modifica el anterior modelo excepto en los puntos ya definidos. Continúa regulando el servicio de ordenación de la misma forma e incluso parece que su intención es la concentración de todas las funciones procesales en los servicios comunes dejando las UAD como unidades dedicadas a la asistencia directa a los tribunales. Parece administrativizar los servicios al prever la posibilidad de los Secretarios de Gobierno de impartir instrucciones de índole procesal, quizás con la finalidad de unificar prácticas, pero que precisamente por referirse a las facultades resolutivas del secretario en el proceso pueden implicar una clara injerencia del poder ejecutivo en el poder judicial.

No articula soluciones a los problemas anteriormente detectados. No define y delimita las funciones y competencias que en materia de oficina judicial parece atribuir a las Salas de Gobierno, presidentes de los TPI y presidentes de Sala, ni establece comisiones u organismos que resuelvan los conflictos y que estén integrados por todos los agentes afectados.

El informe del CGPJ también hace referencia a esta carencia y establece que además de la potestad que se atribuye al CGPJ de establecer criterios generales que permitan homogeneizar las actuaciones de los servicios comunes en todo el territorio nacional sería preciso que se normara la Comisión Jurídica Asesora de Seguimiento instaurada a nivel estatal por el Reglamento 2/2010 del CGPJ, como un órgano adecuado para la resolución de las cuestiones técnico-procesales y para el establecimiento de recomendaciones en relación con las distintas actuaciones que hagan necesaria la coordinación entre jueces y secreta-

rios, si bien sería necesario incorporar a las CCAA con competencias transferidas y al Ministerio fiscal. Además sería necesario este tipo de organismos a nivel provincial como he expuesto anteriormente.

Lo que si que prevé el Anteproyecto de forma obligatoria es la constitución de Comisiones Mixtas de Letrados de la Administración de Justicia y representantes de las CCAA con competencias asumidas en materia de justicia. Considero de suma importancia estas comisiones dadas las constantes interrelaciones que se producen entre ambas administraciones.

En lo referente a la regulación del cuerpo de secretarios judiciales, aunque no sea objeto de esta mesa redonda, no puedo dejar de manifestar mi plena coincidencia con las conclusiones de las distintas asociaciones de secretarios y con los informes del CGPJ y del Consejo Fiscal en esta materia:

- Se ha producido en el Anteproyecto una clara dispersión normativa a la hora de fijar las funciones del Secretario Judicial y no hay una completa definición del cuerpo ni de su estatuto. Nuestras funciones, por otro lado, aparecen definidas de una manera tan genérica que consolida la tendencia actual de que cualquier función residual se atribuya a este Cuerpo. Así, según el artículo 536, el Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia tiene por misión velar por el buen funcionamiento de los Tribunales y responder del estricto cumplimiento de las decisiones judiciales, ejercer la fe pública judicial, documentar las actuaciones judiciales, ordenar y dirigir la tramitación. O la disposición que acaba de cerrar el círculo con un artículo 547 en que cabe cualquier cosa: «los Letrados de la Administración de Justicia asumirán todas aquéllas otras funciones que legal y reglamentariamente se establezcan». O nuestro deber expreso de colaboración con la Administración tributaria en la gestión de tributos, al que tanto nos oponemos todos y a que se refiere el artículo 544.
- Solo en el ejercicio de la fe pública actúa el Secretario bajo los principios de legalidad e imparcialidad, administrativizando sus funciones procesales. Hay un claro reforzamiento de los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica. El artículo 560, regula la posibilidad de emitir informe razonado al superior jerárquico en los supuestos en que se considere que una orden o instrucción puede ser contraria a las leyes o por cualquier otro motivo puede ser improcedente, casi como único mecanismo para mitigar el principio de jerarquía.

- No se regula la dación de cuenta de forma acorde a los medios tecnológicos propios del siglo *xxi*. Además hay que añadir la nueva concepción de la dación de cuenta del artículo 539 que puede incluir una calificación jurídica-procesal, nueva figura que no define.
- No concreta la nueva función de colaborar con el Ministerio Fiscal en las diligencias de investigación, quizás en previsión de una futura LECR pero sin determinar su alcance.
- Entiendo que el Anteproyecto debía haber profundizado y potenciado de verdad las funciones de los secretarios como directores de los servicios y en general de la oficina judicial.

Por todo lo anterior cabe concluir respecto a la tercera cuestión planteada al inicio de la exposición que el Anteproyecto no resuelve las cuestiones controvertidas que se han detectado en las recientes implantaciones, desaprovechando la experiencia de estos años para introducir una autentica modernización de la Administración de Justicia que permita la adecuada prestación de este esencial servicio público.

Estudios sobre la corrupción en el ámbito público

La respuesta penal ante la corrupción: una aproximación a las principales carencias¹

Inés Olaizola Nogales

Catedrática de Derecho Penal. Universidad Pública de Navarra

I. Introducción

El fenómeno de la corrupción es complejo, difícil de definir y abordable desde multitud de perspectivas: se puede hablar de corrupción desde una perspectiva moral, ética, sociológica, jurídica, etc. La Comisión Europea define la corrupción como el abuso de poder o la incorrección en el proceso de toma de decisiones a cambio de un incentivo o ventaja indebida. Simplificando se puede partir de un concepto de corrupción pública como el abuso de un puesto público para obtener una ganancia privada².

Parto de la premisa de que la corrupción tiene únicamente efectos perversos, rechazando, por tanto, algunas posiciones que abogan por su carácter funcional.

Así, desde un punto de vista económico, la corrupción elimina a los más competentes del mercado y hace prevalecer a los más habilidosos de tal forma que el mercado de bienes y servicios no queda en manos de quienes mejor cumplen, sino de los que mejor pagan. Como consecuencia, por ejemplo, los contratos públicos no se ganan con calidad sino con sobornos y nadie se preocupa de cumplir bien con los compromisos de contratación³, provocando con ello que las condiciones de contratación cambien frecuentemente durante la ejecución del contrato hasta el punto de que en grandes obras públicas se duplica o se triplica el precio inicial, lo que genera enormes deudas a la Administra-

¹ El trabajo se enmarca en el Proyecto DER 2013-47511-R de cuyo equipo formo parte. (Investigador principal Miguel Díaz y García Conlledo).

² González Cussac, en: Vives/Carbonell/G. Cussac/Alonso/Roig (dirs.), *Crímenes y Castigos*, 2014, 392.

³ Nieto García, *Corrupción*, 1997, 96 ss.

ción Pública. Además, los costes de los sobornos pagados por las empresas no son asumidos por estas, sino que normalmente repercuten en los clientes, bien a través de un incremento de los precios, o bien a través de una disminución de la calidad. Por otro lado, en muchas operaciones corruptas se adquieren bienes o servicios no porque sean importantes para el servicio público, sino porque la empresa que ofrece el bien o el servicio paga una «comisión», invirtiéndose de esta forma dinero público en bienes y servicios innecesarios.

Desde un punto de vista político, la corrupción atenta contra los fundamentos del sistema democrático. Afirma FERRAJOLI, que la democracia consiste en un equilibrio entre poderes, límites y vínculos en su ejercicio que constituye una garantía para la tutela de los derechos. Ello se pone en peligro cuando se confunden los poderes políticos y económicos. Estoy de acuerdo con FERRAJOLI cuando afirma que la separación entre la esfera pública y la privada es mucho más importante que la separación entre los tres poderes del Estado y no está escrita en ninguna parte porque forma parte del constitucionalismo profundo de toda democracia. Dicha separación supone la eliminación de la confusión entre soberanía y propiedad⁴.

Igual afirma GARCÍA DE ENTERRÍA que la democracia exige una objetividad absoluta en todas sus decisiones (también en las discrecionales). El criterio de objetividad rige como criterio rector del comportamiento de la Administración hasta tal punto que si decae, el Estado y su aparato administrativo dejarán de ser democráticos. La corrupción hace que los sectores económicos sean los que impongan los reales programas políticos aunque no se publiciten⁵.

La corrupción, especialmente la corrupción política, tiene un efecto perverso porque se produce, como consecuencia de ella, una desconfianza de los ciudadanos hacia sus representantes, un divorcio entre la clase política y los ciudadanos, que pone en tela de juicio el propio sistema. La confianza del pueblo es la esencia del sistema democrático, los ciudadanos deben sentirse titulares del poder y deben creer que sus intereses son el verdadero objetivo de sus gobernantes. La corrupción olvida estas premisas. Una corrupción extendida puede acabar con el sistema democrático porque los ciudadanos lleguen a tal nivel de desconfianza que opten finalmente por hacerlo decaer. En las últimas encuestas del CIS la corrupción aparece como el segundo problema que más preocupa a los ciudadanos españoles. En la actualidad, los escán-

⁴ Ferrajoli, en: Andrés Ibañez (ed.), *Corrupción*, 1996, 18 ss.

⁵ García de Enterría, *Democracia*, 5.ª, 2000, 123 ss.

dalos de corrupción provenientes de la clase política, o relacionados con ella, están generando la pérdida de confianza por parte de los ciudadanos en las instituciones. Se extiende la idea, en mi opinión muy peligrosa, de que los políticos no sirven.

En el trabajo no es mi intención desgranar cada uno de los tipos penales relacionados con la corrupción, sino que quiero centrarme en dos fenómenos muy actuales que generan problemas de regulación en el ámbito penal.

Por un lado, los comportamientos corruptos relacionados con la financiación ilegal de partidos. El Consejo de Estado de Europa y en concreto el GRECO en su informe de 15 de mayo de 2009 reconoce que la financiación de los partidos políticos en España es uno de los ámbitos donde más actividad corrupta se revela (todos tenemos en mente casos sonados de financiación ilegal de partidos: Filesa, Gürtel, máquinas tragaperras, desvío de fondos para cursos de formación, comisiones del 3%, etc.). El que no haya un tipo específico de financiación ilegal no puede llevarnos directamente a la conclusión de que ante estos comportamientos no cabe una sanción penal. Sin embargo, los tipos penales clásicos asociados a la corrupción (el cohecho, la prevaricación, el tráfico de influencias o la malversación) plantean serias carencias para combatir estas prácticas.

El otro problema que trataré está relacionado con la posible aplicación o no, en casos de corrupción, del delito fiscal. Es decir, la pregunta que plantearé será si deben tributar las ganancias cuyo origen es delictivo. Se han descubierto en España recientemente importantes sumas de dinero escondidas en paraísos fiscales, obviamente sin declarar. Se sospecha que al menos parte de ese dinero tiene su origen en delitos (cobro de comisiones, por ejemplo) ¿Puede apreciarse delito fiscal? ¿Se vulnera con ello el derecho a la no autoinculpación? ¿Se vulnera el principio de *non bis in idem*?

II. Aplicación de los tipos clásicos a la corrupción política

En un trabajo más extenso⁶ estudio algunos aspectos extrapenales que deben ser tenidos en cuenta si se quiere terminar con el fenómeno de la financiación ilegal de partidos políticos: así, considero necesario reducir el elevado nivel de gastos de los partidos, incrementar el nivel de afiliados para aumentar de esa manera el nivel de financiación, au-

⁶ Olaizola Nogales, *La financiación ilegal de los partidos políticos*, 2014, 99 ss.

mentar la transparencia, permitiendo a la población el acceso fácil a la información, aumentar los controles por el Tribunal de Cuentas, limitar la discrecionalidad en algunos ámbitos de la actividad administrativa, especialmente en el ámbito de la contratación pública y en el ámbito urbanístico, ordenar y graduar el catálogo de infracciones y sanciones en la vía administrativa o controlar los ingresos de las fundaciones ligadas a los partidos.

En este trabajo, sin embargo, me limitaré a contestar a la cuestión de si son suficientes, para castigar las conductas de financiación ilegal de los partidos políticos, los delitos clásicos de corrupción, concretamente los delitos de cohecho, tráfico de influencias, prevaricación y malversación⁷.

La relación entre los partidos políticos y la Administración pública es obvia. El sistema de listas cerradas y la organización de las mismas por los altos cargos de los partidos hacen que los miembros electos de los diferentes gobiernos dependan más de los partidos políticos que de los ciudadanos. Además, el número de altos cargos de confianza distribuidos directamente por los partidos entre los puestos decisorios de la Administración trae consigo un enorme peso de los partidos políticos sobre la actividad administrativa.

Se me ocurren una serie de supuestos para comprobar cuál sería su respuesta penal⁸.

1. El alcalde de una localidad, por propia voluntad y sin que nadie se lo haya pedido, contacta con una empresa a la que le solicita una determinada comisión, por ejemplo un porcentaje sobre el precio de una obra, a cambio de la adjudicación de esta. La comisión que recibe el alcalde la ingresa íntegramente en el partido político al que él pertenece.
2. El mismo alcalde anterior realiza la misma conducta, pero de la comisión que recibe, él se queda con una parte y el resto lo entrega a su partido político.
3. El partido político, a través de un alto cargo, recibe donaciones de una empresa con el fin de que el partido interceda ante el

⁷ Un problema con el que nos encontramos al hablar sobre corrupción es que el CP no define qué es la corrupción. Sin embargo entiendo que podemos afirmar que los delitos nucleares en este ámbito serían fundamentalmente los delitos contenidos en el Título XIX del CP, delitos contra la Administración Pública, y aunque sin ninguna duda hay delitos muy relacionados con la corrupción como el delito fiscal, el delito de blanqueo, etc. estos se pueden considerar instrumentales.

⁸ Más ampliamente, Olaizola Nogales, *La financiación ilegal de los partidos políticos*, 2014, 142 ss.

alcalde que debe decidir una determinada adjudicación. El partido se queda con el total de la donación y pide al alcalde que resuelva a favor de la mencionada empresa. El alcalde acepta, pero no conoce ningún detalle de la operación, simplemente se limita a seguir las indicaciones del partido.

4. El mismo caso anterior pero el alcalde se queda con una parte del dinero que le ofrece el partido y conoce los detalles de la operación.
5. Un cargo de un partido político solicita una donación para su partido a una empresa o grupo de empresas a cambio de interceder a su favor ante determinados cargos públicos (alcaldes, concejales, consejeros, etc.).
6. Otro grupo de supuestos serán aquellos en los que no está tan clara la conexión directa entre una donación y un acto o una resolución administrativa. Se trata de los pagos para «crear buen clima» para generar unas expectativas de favorecimiento, no necesariamente unidas a una resolución o a un acto concreto. Normalmente se entregan cantidades periódicas de dinero y se van creando vínculos entre la empresa y el partido político que se busca sean decisivos para pactos posteriores.

1. **En el primer caso y en el segundo** creo que se puede apreciar un delito de cohecho pasivo por parte del alcalde y un delito de cohecho activo por parte del donante. Nos encontramos ante un funcionario público (alcalde) que solicita una dádiva (donación) a cambio de un acto propio de su cargo (decidir sobre una adjudicación de contrato). Esa adjudicación podrá ser injusta, en cuyo caso nos encontraremos en el ámbito del art. 419 CP, o justa, en este caso estaremos ante un delito de cohecho pasivo impropio, recogido en el art. 420 CP.

Yo entiendo que en estos supuestos se producen básicamente dos problemas. El primero es el relativo a si es necesario o no que se produzca un beneficio, al menos indirecto, para el propio funcionario, como requisito del delito de cohecho. El segundo problema es que, incluso si se considera que hay delito de cohecho, no será fácil imputar alguna responsabilidad penal al cargo del partido político que recibe la donación. Es decir, se sancionará penalmente al alcalde, incluso al donante, pero ¿en qué responsabilidad incurrirá el que recibe la donación? ¿Y el propio partido político?

Respecto a la primera cuestión, sobre si es necesario, en el delito de cohecho, que el soborno beneficie al funcionario, ya me he manifestado en varias ocasiones en sentido negativo. Para justificar esta posición se pueden ofrecer varios argumentos. El primero está relacionado

con la redacción de los tipos penales. El CP recoge expresamente la posibilidad de que la dádiva, el favor o la retribución sean solicitados o recibidos en *provecho propio o de un tercero*. En ningún caso del tenor literal se puede deducir que el funcionario o la autoridad deban obtener algún tipo de ventaja personal ni directa ni indirecta. Pero tampoco desde otros argumentos será exigible tal beneficio personal. Tanto si el funcionario recibe un pago para mejorar su posición, como si lo recibe en beneficio exclusivo de un tercero, por ejemplo de un partido político, la posible realización del acto oficial responderá a un criterio extraño al ejercicio correcto de la Administración. El peligro para el bien jurídico se produce igualmente a través de la constitución del acuerdo injusto que es el núcleo del delito de cohecho. El bien jurídico protegido en el delito de cohecho no tiene que ver con el enriquecimiento del funcionario, sino con el deber de la Administración de ofrecer a los ciudadanos un servicio objetivo, imparcial e igualitario.

En cuanto a la segunda cuestión sobre si el cargo del partido y la propia formación política incurren en responsabilidad penal por el delito de cohecho, entiendo que no. El delito se consuma con la actuación del alcalde y el cargo del partido político se limita a recoger la donación que le entrega el alcalde. El partido político es el beneficiario del soborno, íntegramente en el primer caso, y a medias con el alcalde en el segundo caso. Pero el cargo político no interviene en absoluto en el delito de cohecho.

En nuestro caso, el cargo político no comete el delito de cohecho, presupuesto básico para que la persona jurídica, a la que pertenece, pueda responder por ese delito. Para que pueda haber responsabilidad penal de la persona jurídica es preciso que o bien los representantes o los administradores (art. 31 bis 1 párrafo 1), o bien los empleados sometidos a la autoridad de los anteriores (art. 31 bis 1 párrafo 2) hayan cometido un delito en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en provecho de ella. En el caso de los empleados se requiere además que se haya producido una falta de control sobre sus actividades.

El alcalde, que es quien comete el delito de cohecho, no es empleado del partido. Es verdad que dentro del concepto de empleado la doctrina incluye no sólo a los que están vinculados laboral o mercantilmente con la sociedad, sino también a quienes están sometidos a los representantes o administradores de la sociedad dentro del trabajo autónomo, de subcontratas o de trabajo temporal. Sin embargo, un alcalde no es «empleado» del partido político del que es militante. Los cargos públicos sirven a los intereses de la comunidad a la que gobiernan, no cobran su salario del partido político, sino del erario público y no están sometidos a la autoridad del partido político.

En conclusión se puede afirmar que en los dos primeros supuestos podrán responder penalmente el alcalde y el donante, conforme a un delito de cohecho pasivo y activo respectivamente, pero ni el cargo del partido ni el propio partido podrán responder por delitos contra la Administración Pública.

No obstante, debe tenerse en cuenta que al tratarse de una donación finalista sí que constituye una infracción administrativa y conforme al art. 17.1.a) LO 5/2012 de financiación de partidos se impondrá al partido político una sanción de cuantía equivalente al doble de la aportación ilegalmente percibida.

2. En el tercer caso expuesto la situación es un tanto distinta, puesto que el donante no se dirige al cargo público, sino a un cargo del partido político para pedirle, a cambio de una donación, que interceda ante un cargo público —un alcalde— para conseguir una determinada adjudicación de un contrato. Así lo hace el cargo del partido, y el alcalde, siguiendo las instrucciones que le son dadas, procede a la adjudicación, pero no conoce los detalles de la operación ni recibe parte de la donación.

Se puede comenzar por dirimir la responsabilidad penal del alcalde. En este caso el alcalde no ejecuta ningún acto típico del delito de cohecho. Ni solicita, ni acepta ni recibe la donación, ni acepta el ofrecimiento o la promesa de la misma. La única responsabilidad penal del alcalde en este caso, relacionada con los delitos contra la Administración Pública, podría venir por un delito de prevaricación en el supuesto de que la actuación del alcalde pudiera integrarse en el mismo.

La conducta llevada a cabo por el cargo del partido podría encajar en un delito de tráfico de influencias del art. 429 CP. Las mayores o menores dificultades para la apreciación de este delito dependerán de cómo interpretemos los elementos típicos⁹.

El primer elemento, la influencia con prevalimiento, implica cierto grado de restricción de la libertad del funcionario objeto de la influencia, pero sin llegar a doblegar totalmente su libertad. Yo me inclino, al igual que otros autores, por la interpretación conforme a la cual el prevalimiento no es equiparable a la coacción¹⁰. Se puede afirmar que el prevalimiento exige algo más que la mera recomendación, la inducción o el intercambio de favores, de manera que se afecte de algún modo

⁹ Muy interesante el estudio jurisprudencial que sobre los distintos elementos de los delitos de tráfico de influencias efectúa Dolz Lago, *El delito de tráfico de influencias*, 2014, 381 ss.

¹⁰ Así, Cugat Mauri, *El tráfico de influencias*, 1997, 197 s.

la voluntad del funcionario, pero sin que llegue a una anulación de la misma ni a una grave coacción. En este sentido el prevalimiento actúa como una restricción de la influencia. En nuestro caso se puede afirmar la existencia de influencia con prevalimiento si el cargo del partido utiliza, por ejemplo, su posición para «recordarle» al cargo público que están en el partido elaborando las listas, que las elecciones están próximas, que el presidente del partido estaría muy contento con él si accediera, etc.

El problema que se plantea respecto al elemento de la influencia es básicamente de prueba. Una cosa es llegar a demostrar que una determinada resolución ha favorecido a un sujeto y otra distinta la demostración de que tal resolución beneficiosa trae su causa en una previa influencia¹¹.

Otro elemento típico del art. 429 CP es la resolución que se busca a través de la influencia. En primer lugar, tendrá que ser una resolución, es decir, un acto administrativo de contenido decisorio y no cualquier otro, por ejemplo, informes, proyectos, etc. Por otro lado, se plantea también la duda de si la resolución que se busca debe ser arbitraria o si cabe también apreciar el delito cuando se busque una resolución justa.

Algunos autores son partidarios de admitir la posibilidad de que la resolución sea justa, para ello aluden fundamentalmente a que el CP no la excluye, bastando con que sea idónea para producir un beneficio económico¹². En mi opinión, y reconociendo el peso de este argumento, abogo sin embargo por incluir únicamente las resoluciones injustas, entre otros motivos porque si tomamos como ejemplo el delito de cohecho comprobaremos que el delito de cohecho propio se sanciona más gravemente que el delito de cohecho impropio. En el tráfico de influencias no se produce tal modulación cuando podría ser similar la diferente gravedad de las conductas, por lo que este argumento sistemático y no contrario al propio tenor literal puede servir también para rechazar la inclusión en el tipo de las resoluciones justas por entender que la no modulación se debe a que sólo se incluyen las resoluciones injustas.

¹¹ Cugat Mauri, «El tráfico de influencias», 1997, 196; *REPC* 16 (2014), 15 ss. Como afirma esta autora, esta prueba resulta especialmente difícil, porque tratándose del mundo de la psique no queda más remedio que acudir a los indicios, pero además, la jurisprudencia ha señalado que no basta con comprobar la relación personal o jerárquica entre el autor de la resolución y el beneficiado, tampoco basta con que haya habido comunicación entre ambos.

¹² Díaz y García Conlledo, en: Asua Batarrita (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, 172; Muñoz Conde, PE, 19.^a, 2013, 958.

Una vez acreditados todos los elementos típicos del delito de tráfico de influencias se puede afirmar que el cargo del partido, en el supuesto que se está analizando, será autor del delito.

En este caso también podrá responder penalmente el partido político, conforme al art. 430 CP, puesto que se cumplen los requisitos recogidos en el art. 31 bis CP.

Respecto al donante, la cuestión es más complicada. El ofrecimiento de la dádiva al cargo político no constituye delito de cohecho porque, en principio, el cargo político no tiene la condición de funcionario público. Podría pensarse, en todo caso, en una posible responsabilidad por inducción al tráfico de influencias, aunque sería discutible.

3. En el cuarto supuesto se trata del mismo caso anterior pero el alcalde se queda con una parte del dinero que le ofrece el partido y conoce los detalles de la operación, esto es el pacto entre el donante y el cargo del partido. En este caso se puede responsabilizar al alcalde por un delito de cohecho, sin perjuicio del posible delito de prevaricación, porque el sujeto realiza actos típicos del delito de cohecho, como es la recepción de la dádiva.

En cuanto al cargo del partido, en este caso podríamos considerarlo o bien un intermediario en el delito de cohecho pasivo entre el donante y el cargo público, o un autor de un delito de cohecho activo, como particular que ofrece una dádiva a un funcionario —al entregarle parte de la donación—. En mi opinión, en la medida en que el partido, a través de su cargo, se queda con parte de la donación, que proviene además de un tercero, la conducta del cargo político encajaría mejor en la figura del intermediario del cohecho pasivo y respondería como cooperador necesario.

Por su parte también se podría responsabilizar al partido político por un delito de cohecho, en virtud del art. 427.2 CP, entendiendo que la actuación que exige el art. 31 CP no necesariamente tiene que ser de autoría.

El donante sería responsable por un delito de cohecho activo —art. 424 CP—.

4. El quinto supuesto puede encajar en el delito de tráfico de influencias tipificado en el art. 430 CP. Un cargo de un partido político solicita una donación para su partido a una empresa o grupo de empresas a cambio de interceder a su favor ante diversos cargos públicos (alcaldes, concejales, consejeros, etc.).

En todo caso, para poder aplicar el art. 430 CP será necesario que un sujeto se ofrezca a realizar las conductas descritas en los arts. 428

o 429 a cambio de una dádiva, un presente o de cualquier otra remuneración. Por tanto, no basta con que un sujeto se comprometa a influir sobre un funcionario a cambio de una remuneración, sino que es preciso que con esa influencia se busque una resolución injusta que pueda generar para el que influye o para un tercero un beneficio económico. En el caso que se está estudiando cabría la aplicación del art. 430 para el cargo del partido siempre que la intercesión que ofrece hacer ante los cargos públicos vaya dirigida a la obtención de una resolución concreta e injusta, quedando fuera del tipo, por tanto, aquellos supuestos en los que un cargo del partido político se ofrezca a influir de manera genérica, sin concretar, ofreciéndose a que los cargos públicos conozcan por ejemplo la «generosidad» de determinadas empresas¹³. En el caso en el que podamos responsabilizar al cargo del partido por el delito contenido en el art. 430, el partido político también podría incurrir en responsabilidad penal, conforme al art. 430.2 CP.

Quedaría, sin embargo, sin responsabilidad penal el donante, puesto que para la consumación del art. 430 basta la solicitud de la dádiva, sin que sea necesario que la dádiva llegue a entregarse, por lo que, cuando el donante acepte la solicitud o la entregue, el delito ya estará consumado previamente¹⁴.

5. **El sexto supuesto** es el que más problemas puede plantear para poderlo subsumir en algún delito contra la Administración Pública. En este supuesto no se produce una relación lineal o directa entre la donación y la contraprestación. No se produce la relación *quid pro quo*, que es básica, como se ha visto, en los delitos de cohecho y en los delitos de tráfico de influencias. En este caso las empresas van realizando donaciones al partido político con el fin de crear un vínculo de buen clima que permita que la empresa pueda salir favorecida en un futuro. En estos supuestos no hay una contraprestación concreta y definida a cambio de la donación y, por tanto, tampoco hay un cargo público definido al que pedir un acto administrativo. El carácter finalista de la donación no es tan claro en estos casos, aunque sí que se busca la creación de una relación estable entre el poder político y los negocios.

Debemos plantearnos si este supuesto tiene la suficiente gravedad para merecer una respuesta penal. Si las donaciones que realiza

¹³ Crítico con estas restricciones, Abanto Vázquez, *Delitos económicos y delitos contra la Administración Pública*, 2014, 787.

¹⁴ Cuestión criticada por, Abanto Vázquez, *Delitos económicos y delitos contra la Administración Pública*, 2014, 786.

la empresa cumplen con la LO 5/2012 de financiación de partidos, en cuanto a los límites cuantitativos que esta exige, con el carácter no anónimo, etc., siendo entonces transparentes y conocidas por los ciudadanos no parece que la intención de «crear buen clima» que pueda tener el empresario sea suficiente motivo para justificar la intervención penal. Cuando el ciudadano vota a este partido es consciente de qué empresas o grupos de empresas lo financian y ejerce su voto con total libertad y consciencia. Si las donaciones no cumplen con las limitaciones exigidas por la LO 5/2012 de financiación de partidos políticos, se podrá acudir a la sanción administrativa. En principio no cabe ningún tipo penal, dentro de los clásicos de corrupción que pudiera aplicarse. En la propuesta que yo hago en el trabajo recientemente publicado abogo por tipificar esta conducta expresamente, pero con algunos requisitos tales como la reiteración de la conducta o que se trate de una cantidad de donación que supere notablemente los límites legales permitidos, de manera que la conducta tenga idoneidad para poner en peligro la función de representación de la voluntad popular que llevan a cabo los partidos, en definitiva para «capturar» la voluntad política¹⁵.

Los partidos son los instrumentos necesarios para que los ciudadanos puedan participar en la vida política y canalizar a través de ellos sus intereses. Por tanto, no cualquier perturbación de la transparencia financiera de los partidos o de la igualdad entre las fuerzas políticas o de la democracia interna de los partidos será suficiente para ser tipificada penalmente a través de un tipo autónomo, sino que en mi propuesta se sancionarán penalmente aquellas conductas que, trascendiendo del ámbito interno del partido, supongan una perturbación de la representación de la voluntad popular. Distingo para ello conductas en las que se ve involucrada la Administración, de conductas como estas últimas en las que no.

Por supuesto en el trabajo más amplio menciono otros delitos aplicables como el delito fiscal, el delito de falsedad, el delito de blanqueo, el delito de fraude de subvenciones, pero tal y como expongo allí, estos son delitos que podríamos llamar instrumentales, no nucleares en el ámbito de la corrupción política¹⁶.

¹⁵ Olaizola Nogales, *La financiación ilegal de los partidos políticos*, 2014, 209 ss.

¹⁶ Olaizola Nogales, *La financiación ilegal de los partidos políticos*, 2014, 173 ss.

III. Se puede exigir tributación por las ganancias derivadas de delito?

Tal y como he adelantado al comienzo de este trabajo, el segundo bloque de problemas tiene que ver con la existencia o no de un deber tributario por las ganancias obtenidas de una actividad delictiva. La cuestión no está resuelta claramente y tiene una gran importancia, porque si se responde afirmativamente se planteará la posibilidad de apreciar, además de otros posibles delitos, un delito fiscal. En tanto que si se contesta en sentido negativo, no se planteará tal posibilidad.

1. Argumentos a favor de la tributación

La Jurisprudencia ha apostado por la tributación de las ganancias derivadas de delito. Los casos más conocidos en este sentido han sido el Caso Nécora —STS 649/1996, de 7 de diciembre (las ganancias provenían de un supuesto delito de tráfico de drogas, pero nos puede servir la argumentación del Tribunal)—, el caso Roldán —STS 1493/1999, de 21 de diciembre—, y el caso Urralburu —STS 20/2001, de 28 de marzo—.

En estos casos se manejan diferentes argumentos utilizados también por la doctrina a favor de la tributación de las ganancias ilícitas.

En el caso Nécora el TS y previamente la AN (Sentencia de 27 de septiembre de 1992) se muestran favorables a la tributación de las ganancias delictivas. Se alude como principal argumento al **principio de igualdad** «este principio prohíbe un tratamiento fiscal más favorable a quien viole el Derecho que a quien lo respete, careciendo de todo sentido que, mientras que una persona que tenga beneficios lícitos, por ocultarlos a la Hacienda sea sancionada por un delito fiscal, otra, receptora de beneficios de ilícita procedencia, no pueda ser castigada por la comisión de dicha figura». Es importante señalar que los principales acusados fueron absueltos de los delitos de narcotráfico y de recepción y condenados por delito fiscal y blanqueo de capitales.

En el caso Roldán tanto el TS como previamente la AP Madrid de 24 de febrero de 1998 reafirman la doctrina anterior y avanzan nuevos argumentos. Así, además de volver a invocar el principio de igualdad, añaden otros como son que no existe ningún precepto ni en el ámbito tributario ni fuera de él que excluya la tributación de una renta realmente percibida por el sujeto pasivo, sea legal o ilegal —es el denominado **argumento de la no exclusión**—, o que la tributación recaee sobre el beneficio, no sobre la operación en sí, o que el beneficio

deviene propiedad de quien lo obtiene, que financia su forma de vida precisamente con esa renta —**argumento de la capacidad económica**—. Además añade el TS en esta sentencia que entre los delitos de estafa, cohecho y malversación y los delitos contra la Hacienda Pública no cabe hablar de concurso de leyes porque no concurre unidad de acción ni en su vertiente natural ni en su vertiente jurídica (distintos bienes jurídicos).

En el caso Urralburu la STS aplica, sin embargo, **el concurso de leyes**, entendiendo que cuando los incrementos patrimoniales que generan el delito fiscal proceden de manera exclusiva y directa de un hecho delictivo que también es objeto de condena (con la consiguiente pérdida de los beneficios derivados del mismo por comiso o indemnización) dado que en estos concretos supuestos la condena por el delito que constituye la fuente directa (en este caso el delito de cohecho) absorbe todo el desvalor de la conducta y consume el delito fiscal. Exige por tanto el TS tres requisitos para considerar el concurso de leyes: 1) Que los ingresos procedan de forma directa e inmediata del delito anterior; 2) Que el delito inicial sea efectivamente objeto de condena; 3) Que la condena penal incluya el comiso de las ganancias o su devolución como responsabilidad civil.

En los tres supuestos se parte de una premisa: las ganancias derivadas de un delito sí que están sujetas a gravamen. El argumento del caso Urralburu parte precisamente de esta afirmación al indicar que en el supuesto no se sanciona por delito fiscal porque el desvalor del delito fiscal (por tanto delito que sí se produce) queda absorbido por el delito fuente —principio del *non bis in idem*¹⁷—.

En mi opinión, este último argumento no es correcto. Si se parte de la obligación de tributación considero difícil afirmar que el desvalor del delito fiscal queda absorbido por el delito de cohecho (en este caso) o por cualquier otro delito. Se trata de dos bienes jurídicos diferentes y ni siquiera el argumento penológico puede justificar la solución de la absorción, por lo que, a mi modo de ver, la solución no puede venir fundamentada por el concurso de leyes.

Como argumentos básicos a favor de la tributación destacan por tanto tres. El argumento jurídico aludiendo al principio de igualdad, el argumento económico, aludiendo al incremento de la capacidad económica del sujeto y el argumento de la no exclusión conforme al cual la legislación tributaria no excluye la tributación de las ganancias delictivas¹⁸.

¹⁷ También aluden al principio del *non bis in idem*, Manjón-Cabeza Olmeda, LH Rodríguez Ramos, 2013, 682; Muñoz Conde, PE, 19.ª, 2013, 966.

¹⁸ Puebla Agramunt, *Estudios Fiscales*, 2002, 318 ss.

2. Argumentos contrarios a la tributación

Algunos autores se manifiestan contrarios a la tributación, entendiendo que las ganancias provenientes de una actividad delictiva no generan el deber de tributar.

Para ello utilizan varios argumentos.

- 1.º El denominado argumento ético. Conforme a este argumento, afirma BACIAGALUPO SAGGESE que si se tributa por las ganancias derivadas de un delito el Estado puede llegar a convertirse en una especie de receptor o de blanqueador de dichos fondos, dando una apariencia de legalidad a dichos fondos. La devolución de estas ganancias deberá producirse a través de las instituciones oportunas, tales como el decomiso o la responsabilidad civil¹⁹. En contra de este argumento se manifiesta SOLER ROCH, quien opina que, la experiencia norteamericana demuestra que con la exigencia de tributación de estas ganancias, el Estado no sólo no se convierte en cómplice, sino que se ve favorecida la persecución del delito²⁰.
- 2.º Se alega también el derecho a la no autoinculpación, el derecho a no declarar contra sí mismo consagrado en el art. 24 CE. Se afirma que exigir al autor de un delito, del que provienen las ganancias, que las declare, mediante el pago del impuesto, es tanto como obligarle a confesar la comisión del delito base²¹. En contra señala RUIZ DE ERENCHUN, con el que estoy de acuerdo, que el derecho a no declarar puede afectar a la infracción de los deberes de colaboración y no al deber de tributación. El derecho a no declarar podrá en su caso permitir la inexistencia de una infracción contra los deberes de colaboración, pero no puede afectar al deber tributario siempre que exista²². Resulta

¹⁹ Bacigalupo Sagesse, LL 2001-6, 1480; *Ganancias ilícitas*, 2002, 22; En el mismo sentido, Manjón-Cabeza Olmeda, LH-Rodríguez Ramos, 2013, 688.

²⁰ Soler Roch, REDF 85, 1995, 16. En el mismo sentido Galarza, La tributación de los actos ilícitos, 2005, 146 ss., quien afirma que cuando el Estado recauda la cuota por las ganancias ilícitas no lo hace con ánimo de lucro, sino que se limita a que el ciudadano cumpla con su deber de solidaridad y por otra parte añade que de no exigirse la tributación de los actos ilícitos se podría estar beneficiando la comisión de los mismos.

²¹ Bacigalupo Sagesse, LL 2001-6, 1481; Manjón-Cabeza Olmeda, LH-Rodríguez Ramos, 2013, 682.

²² Ruiz de Erenchun, RDFyHP 52 (2002), 601 ss. Creo que se pueden traer a este punto algunos argumentos utilizados por Díaz y García Conlledo, en: Abel Souto/Sánchez Stewart (coords.), *Blanqueo de dinero*, 2013, 283 ss, porque aunque este autor se refiere a la justificación o no del castigo autoblanqueo, los argumentos pueden tras-

interesante en este punto la opinión de GALARZA cuando afirma que el principio de no autoinculpación no genera un obstáculo para la tributación de actos ilícitos ya que en el caso de existir información sobre un hecho ilícito estos datos no pueden constituir prueba de cargo contra el contribuyente, por ello la colisión entre el art. 24.2 CE (derecho a no declarar contra sí mismo) y el art. 31 CE (deber de contribuir) es sólo aparente²³.

- 3.º Se critica la alusión al principio de igualdad, entendiendo que no pueden compararse dos situaciones diferentes. Así, no se puede comparar la tenencia fáctica de la renta (sobre la que podrá haber otras consecuencias jurídicas —restitución o decomiso), con la tenencia jurídica²⁴—. En mi opinión, si bien es cierto lo anterior, se debe indicar que hasta el momento en el que se produzcan el comiso o la restitución, la situación del sujeto que disfruta de las ganancias ilícitas es idéntica a la del sujeto que disfruta de ganancias lícitas. Este matiz es importante y sobre él volveré al indicar mi posición personal.
- 4.º En cuanto al incremento de la capacidad económica se alega que los beneficios derivados de un delito no devienen en propiedad del que delinque, puesto que no se obtienen derechos sobre ellos. No suponen, desde un punto de vista jurídico, un incremento o ganancia del patrimonio porque en contra de las apariencias, el producto del delito no llega a formar parte en realidad del patrimonio del sujeto²⁵.
- 5.º El argumento de la no exclusión (no hay norma que prohíba la tributación de las ganancias ilícitas) también puede entenderse

ladarse al tema que nos ocupa. Así, como primer argumento, afirma Díaz que el autoencubrimiento tendrá su límite en la realización de otro delito (en su caso el blanqueo), en el caso que aquí nos ocupa, el delito contra la Hacienda Pública. Este límite hay que entenderlo siempre que el otro delito exceda de un autoencubrimiento, atendiendo al nuevo bien jurídico que se ataca, distinto al de la Administración de Justicia, salvo que se pueda afirmar que la afectación a otros bienes jurídicos no tiene la suficiente relevancia para justificar un castigo añadido al que le corresponde al sujeto por el delito precedente. Desde luego el delito contra la Hacienda Pública no puede considerarse un mero autoencubrimiento tanto por la relevancia del bien jurídico protegido, como por la propia pena que el tipo recoge.

²³ Galarza, *La tributación de los actos ilícitos*, 2005, 115 ss. Además, la STC 161/1997 entiende que solo las contribuciones que tengan un contenido directamente incriminatorio pueden ampararse en este derecho.

²⁴ Ruiz de Erenchun, *RDFyHP* 52 (2002), 594; Herrera Molina, *Fiscalidad de los actos ilícitos*, 2003, 75.

²⁵ Falcón y Tella, *Quincena Fiscal* 11 (1999), 7; Ruiz de Erenchun, *RDFyHP* 52 (2002), 596; Herrera Molina, *Fiscalidad de los actos ilícitos*, 2003, 73.

al revés, esto es, no hay norma que exija la tributación de ganancias ilícitas. Por otro lado y atendiendo a la unidad del ordenamiento jurídico, se puede afirmar que los hechos que por su carácter ilícito no producen efectos jurídicos en otros órdenes, no pueden generar obligaciones tributarias²⁶.

3. Opinión personal

En mi opinión creo que se deben hacer algunas consideraciones previas antes de llegar a una conclusión que ya adelanto que en este trabajo va a ser provisional, porque me propongo seguir con la profundización de este tema en futuras investigaciones.

En primer lugar debe afirmarse que el deber de contribuir de un sujeto está directamente unido a su **capacidad económica**.

Se puede afirmar que un fundamento básico de la tributación, reconocido en la Constitución, es el principio de capacidad económica o contributiva (art. 31 CE), que puede ser definido como la potencialidad de los ciudadanos para contribuir a la financiación de los gastos públicos. Por tanto, deberá tributarse en la medida en que se reconozca dicha capacidad económica. Sin embargo, dicha capacidad económica debe medirse en términos jurídicos y no meramente fácticos, Las ganancias provenientes de un delito no se incorporan, no acrecen, el patrimonio del sujeto que las obtiene, al menos desde una concepción jurídico-económica del patrimonio, en la medida en que, si se demuestra la procedencia de las ganancias, éstas sean decomisadas (supuestos de ganancias derivadas de delitos como el cohecho, el tráfico de influencias o el tráfico de drogas) o restituidas a su legítimo propietario (ganancias derivadas de delitos de estafa, apropiación indebida o malversación). No cabrá hablar de incremento de la capacidad económica del sujeto y, por tanto no se origina la obligación tributaria²⁷. Es equivalente a lo que ocurre en los contratos civiles, art. 1.305²⁸.

²⁶ Falcón y Tella, *Quincena Fiscal* 11 (1999), 6; Ruiz de Erenchun, *RDFyHP* 52 (2002), 591.

²⁷ Ruiz de Erenchun, *RDFyHP* 52 (2002), 611 ss. Sin embargo, opina Chico de la Cámara que en los supuestos en que no se produzca el comiso o la restitución, las ganancias deben tributar, porque lo contrario favorecería un Derecho tributario de pícaros, *RCT* 163 (1996), 23 ss.

²⁸ Art. 1305: «Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el Código penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta. Esta disposición es aplicable al

Siguiendo con la argumentación anterior se puede afirmar, en segundo lugar, que la no exigencia de tributación, en los supuestos en los que se haya condenado por un delito previo, no contradice el **principio de igualdad** porque no está contribuyendo menos o no deja de contribuir quien tiene una determinada capacidad económica, sino que el que obtiene una ganancia sujeta a decomiso o a restitución no tiene, en términos jurídicos, esa capacidad contributiva, por lo que su situación no es la misma que quien sí tiene dicha capacidad.

Ahora bien, en tercer lugar hay que recordar que la licitud de las ganancias se presume. Incluso cuando sean de origen desconocido (ganancias no justificadas) dichas ganancias se presumen lícitas y tributan, por lo que hasta que no se llegue a demostrar que determinadas ganancias proceden de un delito, el sujeto disfruta de una capacidad económica que le obliga a tributar. La demostración del delito fuente sólo puede venir por sentencia judicial. Por tanto, con anterioridad a la sentencia el sujeto debe contribuir y declarar las ganancias. Si no las declara incurrirá, si se cumplen los demás requisitos típicos, en un delito contra la hacienda pública.

Se pueden plantear varios supuestos ante un determinado patrimonio respecto al que se sospecha su procedencia delictiva:

- Si el sujeto es absuelto del delito, las ganancias tributarán puesto que serán consideradas incrementos del patrimonio —de origen conocido o no—. (Aquí se incluye cualquier supuesto de absolución: falta de pruebas, prescripción, etc.). Si el delito fuente prescribe, las ganancias derivadas de este, en principio, no serán objeto de decomiso ni de restitución y se podrán incorporar al patrimonio del sujeto²⁹, de forma que estarán sujetas a tributación, independientemente de que su origen sea delictivo. Tributarán como incrementos patrimoniales.

caso en que sólo hubiere delito o falta de parte de uno de los contratantes; pero el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado, y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido». Chico de la Cámara, *RCT* 163 (1996), 25 ss, matiza y diferencia según se trate de delitos que llevan aparejado el comiso, en cuyo caso ninguno de los intervinientes pueden solicitar la restitución y por tanto el sujeto que ha obtenido la ganancia ha visto su patrimonio incrementado, de aquellos otros delitos en los que la parte perjudicada tiene derecho a la restitución, en cuyo caso el sujeto que ha obtenido la ganancia no adquiere ningún derecho subjetivo sobre ella.

²⁹ Así lo afirma la STS 1146/1006, de 22 de noviembre. Por el contrario Choclán Montalvo, *El patrimonio criminal*, 2001, 59, considera que en los supuestos de absolución por prescripción podría decretarse el decomiso de las ganancias obtenidas considerando al autor del delito un tercero de mala fe porque conoce el origen ilícito de los bienes y por tanto susceptible de decomiso.

- Si el sujeto es condenado pero no se acuerda ni el decomiso ni la restitución, por ejemplo, porque no se llega a demostrar que una cantidad de dinero encontrada proceda del delito. Habrá obligación de tributar por dichas cantidades.
- Si el sujeto es condenado y se decreta la restitución o el comiso parcial el sujeto tributará por la parte de las ganancias no decomisadas o no restituidas.

En la mayoría de las ocasiones no se sabrá si las ganancias provienen o no de un delito hasta que no recaiga sentencia. Entre tanto entiendo que será preciso investigar la posible comisión de un delito contra la Hacienda Pública, puesto que, mientras no se sepa si las ganancias provienen de un delito, se tratará de ganancias lícitas (de origen conocido o no, pero lícitas y por tanto sujetas a tributación).

Si la sentencia es condenatoria, con comiso o restitución y el sujeto había tributado a Hacienda, procederá la devolución por parte de Hacienda de la cuota ingresada³⁰. Si el sujeto hubiera sido condenado por un delito contra la Hacienda Pública podría considerarse un supuesto susceptible de revisión de sentencia³¹. En estos casos se podrá afirmar que la capacidad económica que el sujeto aparentemente tenía no era real. Siguiendo con este argumento en los casos en los que se enjuicie a la vez un delito, por ejemplo de cohecho, y un delito contra la Hacienda pública (por ejemplo caso Urralburu), la resolución correcta no será la que declaró dicha sentencia, apreciando un concurso de leyes, sino que en ese caso se podrá declarar la no existencia real, sino aparente, de capacidad económica por parte del sujeto porque se decretará el decomiso de las ganancias.

Como conclusión, y repitiendo que se trata de una opinión provisional, opino que cualquier ganancia que ingrese en el patrimonio del sujeto será objeto de tributación. En la medida en que dicho ingreso no esté justificado tributará como incremento patrimonial no justificado. La clave por tanto no está en si las ganancias proceden de un delito o no, sino si dichas ganancias ingresan o no en el patrimonio del sujeto³².

³⁰ Falcón y Tella, *Quincena Fiscal* 11 (1999) 6 ss.; Ruiz de Erenchun, *RDFyHP* 52 (2002), 634; Galarza, *La tributación de los actos ilícitos*, 2005, 70.

³¹ Ruiz de Erenchun, *RDFyHP* 52 (2002), 634.

³² Herrera Molina, *Fiscalidad de los actos ilícitos*, 2003, 112. Afirma este autor que las ganancias patrimoniales no justificadas constituyen un potente instrumento de lucha frente a las ganancias ilícitas y delictivas. No obstante, matiza Herrera Molina distinguiendo tipos de delitos. Así, las ganancias derivadas de delitos patrimoniales no podrán ser objeto de delito fiscal ya que dichas ganancias deben ser devueltas a sus legítimos propietarios, por lo que tales «ganancias» no acrecen el patrimonio del sujeto y por tanto

En la medida en que dichas ganancias no sean objeto de decomiso o de restitución se podrán considerar incorporadas al patrimonio y por tanto tributarán, independientemente de su procedencia. En mi opinión no puede justificarse la no tributación de dichas ganancias ni por el argumento del derecho a la no autoinculpación ni por el argumento denominado ético por las razones más arriba expuestas. Tampoco me parece correcto alegar que como las ganancias procedentes de un delito no tienen efectos en el ordenamiento jurídico civil, tampoco deben tener efectos tributarios, entre otras cosas porque el concepto de renta en el IRPF es un concepto omnicompreensivo regido únicamente por dos grandes criterios: el de la alteración patrimonial con variación en el valor del patrimonio y la exclusión de este impuesto de las rentas que estén sujetas al impuesto de Sucesiones y Donaciones.

Bibliografía

- Abanto Vázquez, Manuel: «La lucha contra la corrupción en un mundo globalizado», en: *Dogmática Penal, delitos económicos y delitos contra la Administración pública*, Grijley, Lima, 2014, 701-746.
- «Acerca del merecimiento de pena del tráfico de influencias», en: *Dogmática Penal, delitos económicos y delitos contra la Administración pública*, Grijley, Lima, 2014, 795-822.
- Bacigalupo Sagesse, Silvina: «Delito fiscal y tributación de ganancias ilícitamente obtenidas», *La Ley* 2001-6, 1478-1486.
- *Ganancias ilícitas y Derecho penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.
- Chico de la Cámara, Pablo: «Tributación de los actos ilícitos», en: *Revista de Contabilidad y Tributación* 163 (1996), 4-44.
- Cugat Mauri, Miriam: *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Cedecs, Barcelona, 1997.
- «El tráfico de influencias. Un tipo prescindible», en: *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1-23.
- Díaz y García Conlledo, Miguel: «El delito de tráfico de influencias», en: Asua Batarrita (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, IVAP, Bilbao, 1997, 171-178.

no constituyen rentas. Sin embargo, las ganancias obtenidas de otros delitos, como el cohecho, sí que constituyen rentas, puesto que el comiso no es una consecuencia automática y el sujeto sí recibe un beneficio inmediato. Más allá de que esta matización merezca una reflexión más pausada, lo que puede adelantarse ya es que lo normal es que los datos ofrecidos por la inspección de hacienda sobre la ausencia de declaración sean previos a la condena por el delito fuente, por lo que no se sabrá la procedencia de dichas ganancias, esto es si procede de una clase de delito o de otro, por lo que se aplicará, en todo caso, el criterio de ganancias no justificadas. Así lo reconoce el propio autor (p. 109).

- «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 de prevención y represión del blanqueo de dinero*, en: Abel Souto, Miguel/ Sánchez Stewart, Nielson (coords.), *III Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, 281-300.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús: «El delito de tráfico de influencias ante la lucha contra la corrupción política en España (una visión jurisprudencial crítica)», *La Ley*, Madrid, 2014.
- Falcón y Tella, Ramón: «La posibilidad de gravar los hechos constitutivos de delito: SAP Madrid 24 de enero de 1998», en: *Quincena Fiscal* 11 (1999), 5-8.
- Ferrajoli, Luigi: «El Estado constitucional de Derecho hoy», en: Andrés Ibáñez (ed.), *Corrupción y Estado de derecho. Le papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996, 15-29.
- Galarza, J. César: *La tributación de los actos ilícitos*, Aranzadi, Pamplona, 2005.
- García de Enterría, Eduardo: *Democracia, jueces y control de la Administración*, 5.ª ed., Civitas, Madrid, 2000.
- González Cussac, José Luis: «De la corrupción considerada como una de las bellas artes», en: Vives/Carbonell/G. Cussac/Alonso/Roig (dirs.), *Crímenes y castigos. Miradas al Derecho penal a través del arte y la cultura*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 389-404.
- Herrera Molina, Pedro M.: *Fiscalidad de los actos ilícitos. (La antijuridicidad en los supuestos de hecho de la obligación tributaria)*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003.
- Mallada Fernández, Covadonga: *Blanqueo de capitales y evasión fiscal*, Lex Nova, Madrid, 2012.
- Manjón-Cabeza Olmedo, Araceli: «Ganancias criminales y ganancias no declaradas (el desbordamiento del delito fiscal y del blanqueo)», en: *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 655-698.
- Muñoz Conde, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, 19.ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Nieto García, Alejandro: *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997.
- Olaizola Nogales, Inés: *El delito de financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- Puebla Agramunt, Nuria: «La causa ilícita como causa *impositionis* (la causa *impositionis* vista desde el tratamiento fiscal de las actividades ilícitas)», en: *I Jornada metodológica Jaime García Añoveros*. Instituto de Estudios Fiscales 2002, 316-321.
- Ruiz de Erenchun, Eduardo: «Ganancias de origen (ilícito) delictivo y fraude fiscal», en: *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública* 52 (2002), 572-640.
- Soler Roch, M.ª Teresa: «La tributación de actividades ilícitas», en: *Civitas Revista Española de Derecho Financiero* 85 (1995), 9-32.

Principales problemas procesales en la investigación de los procedimientos por corrupción

Pablo Rafael Ruz Gutiérrez

Magistrado. Juzgado Central de Instrucción n.º 5

I. Introducción

En su obra póstuma «Corrupción y política» nos advertía el periodista Javier PRADERA de que estamos pagando hoy el error de no habernos dado cuenta en su día de que aquello que en las décadas de los ochenta y noventa parecían «las andanzas de una serie de pillos» era, en realidad, un rasgo casi sistémico de nuestra sociedad¹.

La «situación de vértigo» o «sensación de bochorno colectivo» (Editorial El Mundo, 2.11.2014) vivida en nuestro país hace ahora veinte años se reproduce estos días entre la sociedad, y el hartazgo ciudadano provocado por los sucesivos escándalos de corrupción que abren páginas de periódicos y ocupan cada vez más sumarios en los Juzgados debe suponer, para todo jurista comprometido con su trabajo, un decidido acicate en la exigencia del ejercicio de su labor profesional al servicio de la sociedad.

Decía RADBRUCH, hace casi un siglo, que «presupuesto para ser un buen jurista es serlo con mala conciencia, es decir, ser plenamente consciente en todo momento de su vida profesional de que su tarea es algo necesario, y, a la vez, algo profundamente cuestionable»², lo que constituye un inmejorable punto de partida para compartir en este marco, que homenajea precisamente al «buen jurista» que fue José María Lidón —además de eterno referente para todo el que ha ejercido en el País Vasco—, reflexiones y experiencias personales adquiridas entre las paredes de alguno de los seis juzgados de instrucción a los que,

¹ *El País*, Suplemento Domingo, «La hora de la regeneración», J.L. Barbería, 26.10.2014.

² Citado por Rebollo Vargas, R. y Casas Hervilla, J., en «Reflexiones, problemas y propuestas para la investigación de la delincuencia económica», en *Revista General de Derecho Penal*, 19 (2013).

en acierto o desacierto del legislador, están encomendadas las más relevantes investigaciones penales en materia de corrupción.

Sin embargo, desearía comenzar mi intervención en esta mesa redonda compartiendo con todos los presentes una inquietud personal, que a buen seguro resulta sentida por muchos de los asistentes a estas Jornadas, y esa inquietud no es otra que la sensación de que gran parte de los problemas que hoy detectamos en la persecución penal de los denominados delitos de corrupción son reproducción de nuestra experiencia pasada, o al menos esa es la percepción que se termina trasladando a la sociedad, lo que nos debe llevar a pensar que algo no debemos estar haciendo bien.

Tratar de focalizar los principales obstáculos en la investigación de la gran delincuencia económica vinculada a la corrupción, y apuntar posibles soluciones a adoptar en el corto plazo (la gravedad de la situación que actualmente padecemos no puede esperar reformas legislativas que lamentablemente nunca terminan de llegar) será el objetivo de estas reflexiones que me gustaría enriquecer con sus aportaciones.

Hace no muchos meses se podía leer en el suplemento de «Negocios» de un diario nacional, en un especial dedicado al «Alto precio de la corrupción»³, las siguientes reflexiones en una columna titulada «La factura de la corrupción»:

Que las variables económicas y financieras no reflejen de forma contemporánea los episodios de corrupción que dominan la escena política no significa que aquellos carezcan de impacto. Lamentablemente, la percepción de la frecuencia con que tienen lugar esas violaciones de la ley, la forma en que la clase política las aborda y el sistema judicial las resuelve acaban deteriorando la confianza en una sociedad, su capacidad para hacer negocios o para infundir credibilidad en sus agentes e instituciones. Antes o después, eso se traduce en costes y pérdidas de bienestar que acaban sufriendo todos los ciudadanos. (...) La corrupción, y la desconfianza que lleva asociada, es la peor de las gangrenas para una economía que está dejando al borde de la miseria a un número creciente de ciudadanos.

Precisamente en atención al carácter cíclico del problema al que nos enfrentamos, encontramos un planteamiento muy similar al anterior en la obra de RODRÍGUEZ SASTRE titulada «El delito financiero: su repercusión en el crédito y en la economía»⁴, escrita durante la Se-

³ *El País*, 11 de agosto de 2013.

⁴ Rodríguez Sastre, A.: «El delito financiero: su repercusión en el crédito y en la economía», en *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, Vol. VI, n. 20 y 21, 1977, págs. 61-96.

gunda República (1934), donde el autor, con otro tipo de prosa, refleja las siguientes preocupaciones:

Sin confianza no hay normalidad en el desenvolvimiento económico de un país; por tanto, urge poner remedio a este estado de cosas. (...) Más que el propio legislador son los Tribunales de Justicia quienes pueden evitar, o al menos amortiguar, los efectos destructores que en la economía produce el delito financiero. Entre las causas de la actual crisis económica yo apunto la forma cómo se administra la justicia (...) y la indiferencia que provoca que el delincuente financiero viva en la mejor de las impunidades (...). Es urgente e inaplazable evitar la vergüenza y el dolor de que hermanos nuestros se estén muriendo de hambre, no sólo por una injusta distribución de la riqueza.

Y por ir todavía más atrás en el tiempo, resulta cuanto menos curiosa la forma en la que JIMÉNEZ DE ASÚA prologaba esta obra en 1934, con unas palabras que, por su actualidad y plena vigencia, quizá hayan visto citadas en los cursos y ponencias sobre la persona jurídica delincuente, pero que también pueden ser traídas a esta introducción. Decían así:

Hace sesenta años el español de presa, ansioso de despojar a otro de su fortuna o de sus ahorros, se echaba al monte, con clásico calañé y trabuco naranjero, escapando de sus perseguidores a lomos de la jaca andaluza. Hoy crea sociedades, desfigura balances, simula desembolsos y suscripciones, y montado en la ignorancia de fiscales y magistrados escapa sobre el cómodo asiento de su automóvil.

Antes de continuar, no me resisto a ofrecerles la definición que del «*delincuente financiero*» nos daba el mencionado RODRÍGUEZ SASTRE en aquella obrita del año 1934, porque recoge todos los aspectos que comparte con quien será en nuestros días el ciudadano que sucumbe al delito de corrupción, y por lo tanto, quien desplegará en el proceso las múltiples estrategias destinadas a que éste fracase y su conducta pueda quedar impune:

El delincuente financiero suele ser un hombre de talento que alcanza a menudo éxitos, aunque no sea más que momentáneos, siendo admirados por las masas, en las que cada individuo, colocándose imaginativamente en el lugar del banquero poco escrupuloso, del diputado influyente, del funcionario ricamente pagado, del negociante enriquecido sin fatiga, no se detienen a examinar los medios por los cuales han sido alcanzados aquellos éxitos por los financieros, verdaderos equilibristas morales que diariamente realizan sus esfuerzos para vivir al margen de la ley escrita, y que yo titulo sanguijuelas del ahorro nacional.

La exposición se centrará, pues, en la detección de los problemas de índole procesal que a menudo se nos presentarán en las causas seguidas por delitos de corrupción, y en las soluciones que, con los «mimbres» actuales, podemos dar a los mismos.

II. Principales problemas procesales en la investigación de los delitos de corrupción

Cuando abordamos la problemática que plantea la instrucción y posterior enjuiciamiento de las causas judiciales seguidas por los denominados «delitos de corrupción», el primer obstáculo que encontramos parte precisamente de la indefinición de lo que se debe entender bajo dicha categoría o calificación, máxime cuando no existe en el Código Penal ningún Título o Capítulo que utilice dicha rúbrica para referirse al conjunto de tipos penales vinculados a lo que comúnmente denominamos «corrupción».

Quizá un buen punto de partida sea acudir a un concepto amplio del fenómeno, considerando por corrupción el hecho de dar o prometer a alguien cualquier tipo de beneficio indebido, ya sea material o inmaterial, tanto en el sector público como en el sector privado, con la intención de que aquél, directa o indirectamente, lleve a cabo o se abstenga de llevar a cabo un acto en el ejercicio de sus funciones, violando así un deber que le corresponde.

Dentro de este marco conceptual encontramos una materia que presenta importantes particularidades procesales, parte de las cuales se traducen en problemas de carácter orgánico, tales como la evidente falta de especialización de jueces y magistrados para la investigación de las grandes causas de delincuencia económica y contra la corrupción, al contrario de lo que viene sucediendo desde hace años en el ámbito de la Fiscalía (Fiscalía Contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, Secciones de Delitos Económicos, etc...) y en el de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (que cuentan con unidades de investigación especializadas —UDEP, UCO, etc.—), así como la secular escasez de medios con que cuentan los Juzgados para abordar el fenómeno con una mínima prontitud y eficacia, o la incapacidad de nuestras leyes procesales para ofrecer una instrucción de este tipo de delitos que concilie el respeto a las garantías procesales del investigado con el adecuado impulso judicial para permitir su enjuiciamiento en plazos razonables.

No obstante, dejando al margen las anteriores cuestiones, por exceder del ámbito de este análisis, nos centraremos en los problemas de

índole estrictamente procesal. Y es desde este ámbito donde puede fácilmente compartirse que la gran lacra en la lucha de la Administración de Justicia contra la corrupción se convierte en la demora y dilación que sufren los procedimientos durante su fase de investigación-instrucción, y asimismo durante su fase intermedia.

Como principales motivos de tales dilaciones se invocan los siguientes: a) procedimientos complejos por la materia, que exigen del instructor conocimientos especializados que escapan al derecho penal; b) pluralidad de partes en el procedimiento (imputados y perjudicados); c) estrategia procesal dilatoria para la investigación de los hechos por parte de la defensa de los imputados. Todo ello provoca consecuencia indeseables, entre otras: a) tiempo suficiente para que los investigados puedan ofrecer un destino «adecuado» a los beneficios obtenidos por el acto delictivo; b) prescripción del delito; c) apreciación de atenuantes de dilaciones indebidas; d) fácil acceso de los condenados por delitos de corrupción a los beneficios de suspensión o sustitución de la pena privativa de libertad.

Pues bien, partiendo de la anterior realidad, la práctica procesal cotidiana permite ofrecer el siguiente decálogo que agrupa alguno de los principales problemas procesales detectados en la investigación de los procedimientos por delitos de corrupción.

1. *Conexidad procesal: Macrocausas-Piezas Separadas*

Dispone el artículo 300 de la LECrim. que «Cada delito de que conozca la autoridad judicial será objeto de un sumario. Los delitos conexos se comprenderán, sin embargo, en un solo proceso».

Por su parte, el artículo 17 de la misma Ley señala:

Considérense delitos conexos:

1. Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas, siempre que éstas vengan sujetas a diversos Jueces o Tribunales ordinarios o especiales, o que puedan estarlo por la índole del delito.
2. Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello.
3. Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución.
4. Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos.
5. Los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados.

Frente a las anteriores previsiones legales, de cuya lectura conjunta se deduce una clara voluntad por parte del legislador de facilitar el conocimiento conjunto de delitos íntimamente relacionados a fin de lograr un enjuiciamiento más ágil y completo, evitando de esta manera la posibilidad de pronunciamientos judiciales contradictorios, las especialidades propias de la delincuencia económica, caracterizada como un «fenómeno social grupal que aglutina a un conjunto de personas en torno a un objetivo criminal mediante estructuras organizativas rigurosamente impenetrables»⁵, tienden a menudo a convertir en indeseable la aplicación de la aludida regla general del enjuiciamiento conjunto a través de un único proceso, que en tal caso terminará recibiendo el prefijo «macro», en atención a la dimensión, complejidad y extensión de la materia a enjuiciar.

Por ello en la instrucción y enjuiciamiento de los delitos de corrupción adquiere una importante dimensión la norma prevista en el artículo 762.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al señalar que «Para enjuiciar los delitos conexos comprendidos en este Título, cuando existan elementos para hacerlo con independencia, y para juzgar a cada uno de los imputados, cuando sean varios, podrá acordar el Juez la formación de las piezas separadas que resulten convenientes para simplificar y activar el procedimiento».

En lo que respecta al análisis jurisprudencial de la legalidad procesal vigente en materia de conexidad delictiva, como recoge la STS de 29 de julio de 2002 (caso Banesto), y en referencia a lo dispuesto en el artículo 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, este precepto quiere indicar que el legislador ha querido concentrar en una sola causa aquellas conductas que presenten una evidente e indiscutible conexidad a la luz de lo establecido en el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; señalando que el criterio es el adecuado, cuando los hechos presentan una incuestionable relación entre sí y su enjuiciamiento por separado pudiera dar lugar a sentencias contradictorias.

Continúa destacando la citada Sentencia que tal y como se ha señalado por diversos sectores doctrinales, en los casos de la delincuencia denominada económica, la instrucción conjunta de los delitos, lejos de favorecer el esclarecimiento de los hechos, puede producir un efecto contrario y no deseado.

Desde una perspectiva más actualizada que los primitivos textos de la Ley Procesal Penal, la regla séptima del artículo 784 de la Ley de

⁵ Jiménez Villarejo, C., «La delincuencia económica: Blanqueo de capitales», *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 9, 2001, citado por Rebollo Vargas, R. y Casas Hervilla, J., ob. cit.

Enjuiciamiento Criminal (actual art. 762.6.^a), que rige para el proceso abreviado (...) concede al juez instructor la posibilidad de formar piezas separadas, cuando resulte conveniente para simplificar y activar el procedimiento, aún en aquellos supuestos en los que pudiera encontrarse una aparente o real conexidad entre los diversos hechos, si bien existen razones y elementos para juzgar separadamente a cada uno de los imputados.

La anterior doctrina emana de la tradicional distinción, reconocida por la jurisprudencia, entre una conexidad necesaria y una conexidad de conveniencia, que daría lugar a la formación de piezas separadas (por todas, STS de 5 de marzo de 1993). Se argumenta en esta resolución que

la conexión es, *prima facie*, una aplicación del principio de indivisibilidad de los procedimientos, pero no implica (a diferencia de cuando se trata de un hecho único) la necesidad de esa indivisibilidad. La indivisibilidad obliga a reunir en el enjuiciamiento todos los elementos de un mismo hecho, de forma que responda aquélla a la existencia de una única pretensión punitiva cuya resolución no puede fraccionarse. La conexidad, por el contrario, agrupa hechos distintos (al menos desde el punto de vista normativo, al ser susceptibles de calificación separada) que por tener entre sí un nexo común, es aconsejable se persigan en un proceso único, por razones de eficacia del enjuiciamiento y de economía procesal. Ese nexo puede resultar de la unidad de responsables, de una relación de temporalidad (simultaneidad en la comisión) o de un enlace objetivo de los hechos. Pero la fuerza unificadora del nexo, no es la misma en todos los casos, especialmente en el de coetaneidad de la ejecución, en el que la simple coincidencia temporal de delitos individualizados y diferentes, puede permitir su enjuiciamiento en causas separadas, mientras no lo permite, en cambio, la comisión conjunta por varios partícipes, obrando de acuerdo, a unos mismos hechos simultáneos. Esta distinción entre conexidad necesaria y conexidad por razones de conveniencia o economía procesal, aparece reconocida en la actual regla 7 del artículo 784 LECrim (tras la reforma de 2002, regla 6.^a del art. 762 LECrim), que permite que para juzgar delitos conexos «cuando existan elementos para hacerlo con independencia podrá acordar el Juez, la formación de las piezas separadas que resulten convenientes para simplificar y activar el procedimiento». Con lo que viene a reconocer que hay casos en los que la regla del enjuiciamiento conjunto de los delitos conexos, no es una regla imperativa y de orden público y hasta debe ceder ante razones de simplificación o rapidez del proceso.

En este sentido, como reconoce la STS 5698/2012, de 26 de junio, en los casos de posibles delitos conexos, el propio legislador permite

romper la regla combinada de los arts. 300 y 17 LECrim. en diversos casos, por ejemplo mediante la formación de piezas separadas, suavizando las consecuencias del art. 300 LECrim., y dejando un cierto margen de discrecionalidad al Juzgador para, en atención a las circunstancias concretas y al estado de las causas, proceder o no a la acumulación procesal de objetos penales.

En el mismo sentido se ha pronunciado el TS en su Auto de 26 de septiembre de 2012, señalando lo siguiente:

El instituto de la conexidad ha de estar al servicio de la agilidad procedimental y el alejamiento del peligro de ruptura de continencia de la causa (...). Y es que, pese a los términos imperativos que parecen presidir el art. 300 de la Ley Procesal Penal, con razón se ha propuesto con apoyo en razones prácticas y ejemplos del Derecho comparado flexibilizar esa regla cuando la unidad de enjuiciamiento no aporte nada relevante al no detectarse riesgo de ruptura de la continencia, y la acumulación suponga un lastre. Decaerían así las razones de la acumulación. Si la supuesta necesidad de acumulación va a acarrear un retraso injustificado e inútil en la tramitación y no existe peligro de sentencias contradictorias, no sería obligada la agrupación al no concurrir las causas teleológicas que fundamentan la institución.

Por último, la reciente STS 990/2013, de 30 de diciembre (caso Hacienda), apreciando la atenuante de dilaciones indebidas en la tramitación del referido procedimiento, sienta las siguientes conclusiones al respecto:

Aun no siendo esta sentencia el lugar para una exposición del problema que suelen suscitar los denominados macroprocesos, sí debemos al menos una mínima reflexión sobre esa práctica de dudosa pertinencia.

La nada escasa indeterminación del criterio de conexidad establecido en el n.º 5 del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no debe impedir la ponderación de intereses contrapuestos en el trance de decidir la acumulación de procesos, con sendos y diferenciados objetos, en un único procedimiento. Más si cabe, cuando las pretendidas ventajas de dicha acumulación son de relevancia muy inferior a la de los perjuicios que conlleva.

Por un lado por la complejidad que redunda en dilaciones de la tramitación. Dilaciones que no se acarrearían en el caso de plurales procedimientos e intervención de pluralidad de órganos jurisdiccionales (...).

No son desdeñables los perjuicios que implica trasladar a algunos de los sujetos pasivos del procedimiento las consecuencias graves inherentes a la dilación, que encuentra su causa en las exigencias

temporales de las actuaciones seguidas respecto de otros sujetos, en nada relacionados con los demás intervinientes.

Por otra parte los supuestos beneficios de la acumulación no parecen siempre de obligada renuncia, en caso de tramitación autónoma del procedimiento. Incluso cuando algunos de los sujetos tengan participación en todos los hechos objeto de cada uno de los procesos acumulados. Ni en cuanto a la prueba, pues siempre será menos oneroso la parcial reiteración de la misma en diversos procedimientos de los concretos aspectos comunes, que subordinar la duración de lo sencillamente enjuiciable a la demora exigida por lo de enjuiciamiento dificultoso. Ni en cuanto a los beneficios penológicos para el reo, a cuyos efectos la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé los mecanismos necesarios (artículo 988).

2. *Al hilo de lo anterior: problemática en la tramitación de las Piezas Separadas*

Ya hemos visto en el apartado anterior lo oportuno que puede resultar, en la instrucción de procedimientos por delitos de corrupción, acudir a la incoación de piezas separadas dentro de un mismo procedimiento penal a la hora de permitir el pronto enjuiciamiento de las conductas investigadas cuando con ello no exista riesgo de ruptura de la continencia de la causa, evitando asimismo los efectos perniciosos que pudiera generar —con arreglo a la doctrina jurisprudencial antes expuesta— tanto la espera del resultado de las diligencias de instrucción sobre otros hechos investigados en el mismo proceso que se encontraran pendientes (repárese, por ejemplo, en las diligencias a practicar por comisión rogatoria con terceros países, o en la confección de informes definitivos por partes de los cuerpos de auxilio a la instrucción —AEAT, IGAE— sin los cuales no pueda darse por cerrada la misma), como el eventual macro enjuiciamiento conjunto de la totalidad de los hechos objeto del procedimiento.

Ahora bien, en ocasiones la apertura de piezas separadas de investigación presenta un carácter más instrumental, y puede obedecer a fines de diversa índole. Éste sería el caso de las piezas separadas incoadas, por ejemplo, para acometer la investigación patrimonial de alguno de los investigados en el procedimiento principal, a fin de determinar si a través de las conductas investigadas se ha producido un lucro o enriquecimiento personal por parte de los presuntos beneficiarios del producto del delito. En otras ocasiones se acudirá a la formación de una pieza separada para permitir la práctica bajo secreto sumarial (artículo 302 LECrim.) de determinadas diligencias cuyo conocimiento

haya de ser preservado temporalmente al conjunto de partes personadas, al margen del fiscal, como pudiese ser el caso de declaraciones de testigos o imputados, o de transmisión de documentación bancaria a practicarse por medio del auxilio judicial internacional —comisiones rogatorias—, y que, una vez practicadas tales diligencias, obliguen al instructor a acordar de inmediato el alzamiento de la medida de secreto para permitir su conocimiento al resto de partes afectadas, una vez garantizada la eficacia de la diligencia y que tal conocimiento no supone un riesgo para los fines de la instrucción.

En casos como los expuestos el procedimiento normal consistirá en la unión a los autos principales de las piezas separadas instrumentales incoadas durante la instrucción, una vez agotada la finalidad procesal a la que aquéllas obedecían, si bien no faltan casos en la praxis judicial donde tales piezas separadas son «archivadas» o «sobreseídas», o incluso alcanzan su propia autonomía procesal pasando a convertirse en diligencias independientes o generando la deducción de los correspondientes testimonios de particulares para la investigación paralela de conductas conexas con las que constituyen el objeto del procedimiento principal.

El anterior panorama se complica aún más si pretendemos, como entiendo que debe hacerse, objetivar el contenido de cada pieza separada, y en consecuencia, siempre que sea posible, intentar evitar la participación de las partes personadas en las actuaciones en la instrucción de piezas cuyo contenido en nada les afecte, y, en consecuencia, donde pueda resultar cuestionada la legitimidad para mantener su originaria personación en las actuaciones o procedimiento principal. Las soluciones prácticas serán en estos casos diversas, y responderán a la tipología y características propias del procedimiento en cuestión, y de las razones a las que obedezca la incoación o formación de nuevas piezas separadas.

La disparidad del fenómeno expuesto, el diferente «recorrido vital» que pueden sufrir las diversas piezas separadas emanadas de un mismo procedimiento, especialmente en el caso de las grandes causas de delincuencia económica u organizada, y las consecuencias no siempre deseables de que determinados procedimientos se sucedan sin solución de continuidad en un mismo órgano judicial investigador de la causa primigenia, que haya de generar la atribución competencial para el conocimiento de las piezas separadas formadas con posterioridad, aconsejaría una regulación procesal más detallada al respecto, en desarrollo de la previsión normativa contenida en el artículo 762.6.^a LECrim., o bien el establecimiento de filtros correctores entre las normas de reparto de los diversos juzgados de instrucción afectados, con la corres-

pondiente aprobación por las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores que en cada caso resulten competentes.

3. Iniciación del procedimiento: denuncia de particulares-testigos protegidos

Resulta a menudo frecuente que los procedimientos judiciales en investigación de delitos relacionados con la corrupción tengan su origen en la revelación que un particular, en ocasiones tras ser testigo o incluso beneficiario de las prácticas que relatará, realiza en un determinado momento ante instancias policiales, judiciales o del Ministerio Fiscal.

La sola constatación de la anterior realidad, vivida en alguno de los procedimientos judiciales de mayor impacto social en los últimos años y que a todos nos vienen a la cabeza, obligaría a exigir un debate sobre la calidad de la respuesta que nuestro ordenamiento jurídico ofrece ante tal iniciativa, que se revela en muchas ocasiones como un instrumento de enorme eficacia en la investigación y desarticulación de las grandes redes tejidas en torno al fenómeno de la corrupción.

Sin embargo, además de las disposiciones genéricas contempladas para todo tipo de delitos en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales (que cuenta con cuatro únicos artículos, ya desfasados y necesitados de una regulación más acorde al fenómeno de la delincuencia organizada, así como del consiguiente desarrollo reglamentario y dotación presupuestaria), encontramos cómo nuestro Código Penal únicamente aborda la cuestión de la denuncia por particular en casos de corrupción en su artículo 426, al sancionar el delito de cohecho, señalando lo siguiente:

Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos.

La conjunción de circunstancias realmente excepcionales que habrían de coincidir en el sujeto merecedor de la anterior exención penológica (acceso «ocasional» a la solicitud de dádiva, denuncia «antes de la apertura del procedimiento», no más allá de «dos meses desde la fecha de los hechos») convierten tal disposición en una previsión de es-

casa aplicación y eficacia para la finalidad pretendida por el legislador, que no sería otra que la de incentivar la denuncia de casos de corrupción de quien fuera partícipe directo de ellos de forma esporádica u ocasional.

Frente a la escasa y deficiente regulación procesal española, encontramos en Derecho comparado experiencias gratificantes, como la que constituye el modelo británico, a través de la Public Disclosure Act (PIDA, 1998), la Data Protection Act (1998) y la Bribery Act (2010), normativa que viene a otorgar una protección completa e inmediata contra el despido u otras formas de represalias para aquéllos que denuncien, de buena fe, situaciones de irregularidad.

Es por ello que cada vez más sectores doctrinales vienen abogando por la necesidad de regular un estatuto integral de protección para el denunciante particular o funcionario público, que garantice no sólo ya la necesaria estabilidad laboral, familiar y social, sino que otorgue al mismo tiempo determinados incentivos procesales que conduzcan a generar seguridad al denunciante y eficacia al propio sistema judicial⁶.

4. *Planteamientos sobre nulidad o ilicitud de prueba en fase de instrucción*

No resulta infrecuente, en la tramitación de procedimientos por delitos de corrupción, que por los abogados defensores se plantee en el seno de la instrucción la denuncia sobre supuestos casos de ilicitud probatoria bajo el argumento de haberse obtenido la prueba en cuestión con vulneración de derechos fundamentales.

Así ocurre a menudo con grabaciones de conversaciones entre particulares que posteriormente sirven para denunciar los hechos ante la Autoridad, o con la práctica de diligencias procesales que suponen una injerencia en los derechos fundamentales del investigado, tales como las intervenciones telefónicas o la entrada y registro domiciliario. A tal efecto se invoca como fundamento de la pretensión el artículo 11.1, inciso 2.º LOPJ («No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales»).

⁶ Véase, por ejemplo, la opinión de profesor Lizcano Álvarez, Presidente de Transparencia Internacional España, que insiste en la necesidad de una ley de protección jurídica para todos aquellos ciudadanos denunciantes de posibles casos de corrupción, en aras a la mayor eficacia en la lucha contra dicho fenómeno («Corrupción: ¿nuevos instrumentos para combatirla?», en *Revista Abogados*, Noviembre de 2013).

Ello no obstante, conviene la generalidad de la doctrina en que no existe en nuestro ordenamiento jurídico un procedimiento específico para la denuncia y apreciación de la ilicitud probatoria, habiéndose cuestionado la procedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, al ser constantes los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (TC) y del Tribunal Supremo (TS) que remiten a la fase del juicio oral para valorar la ilicitud probatoria por contravención de derechos fundamentales, residenciando dicha función en el órgano enjuiciador, mediante la prohibición de valoración de la prueba ilícita por haberse obtenido con lesión de derechos fundamentales, así como de las restantes pruebas que tengan conexión de antijuridicidad respecto de aquélla (en tal sentido, por todas, SsTS de 15.04.2000, 18.09.2002, 30.04.2010, y SsTC 9.03.2009, 23.10.2003, 11.02.2002, 17.03.2001, entre otras; vid. también Auto de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2014).

La señalada falta de previsión legal en el procedimiento penal vigente para la denuncia y declaración de la ilicitud de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales motiva que por la doctrina se haya acudido a la legislación procesal civil como supletoria de la LECrim (art. 4 LEC), cuyo artículo 287 LEC remite la decisión sobre la ilicitud probatoria previamente denunciada nuevamente a la fase de enjuiciamiento.

Y asimismo, se ha traído a colación por la doctrina, al objeto de evidenciar la ausencia en la vigente regulación procesal de un trámite específico para la declaración de ilicitud probatoria en fase instructora, la redacción del Borrador del denominado «Código Procesal Penal», cuyo artículo 13, dentro del Título Preliminar, regula expresamente la «Exclusión de la prueba prohibida», introduciendo en su apartado cuarto una previsión expresa para su denuncia, al señalar que «En cualquier momento en que se constate la existencia de la infracción del derecho fundamental afectado las informaciones o fuentes de prueba o resultados de las pruebas han de ser excluidos del proceso, sin perjuicio de que, rechazada la exclusión, las partes puedan reproducir con posterioridad la petición de declaración de nulidad de la prueba». Precisando al respecto la Exposición de Motivos que «se dispone la exclusión de la prueba prohibida, de conformidad con la necesidad de garantizar el derecho a la igualdad de armas y a un proceso con todas las garantías, de una forma más detallada que la que hasta ahora existía en nuestra legislación, para así superar las dudas interpretativas que frecuentemente surgían y que, a falta de criterios legales para solventarlas, se resolvían por los Tribunales no siempre con criterios uniformes».

Lo anteriormente expuesto pone de manifiesto, a priori, la falta actual de previsión legal específica para dar respuesta al planteamiento de la pretensión de nulidad e ilicitud de determinada diligencia probatoria por vulnerar derechos fundamentales de los imputados afectados por la misma, sin perjuicio de lo cual, en determinadas ocasiones los Tribunales competentes⁷ para decidir sobre la materia han considerado la posibilidad de residenciar tales pretensiones en el trámite contenido en el art. 240.2 LOPJ, en principio referido a la nulidad de las actuaciones procesales que supongan vulneración de derechos procesales, pero donde llega a ubicarse la denuncia de vulneración de derechos fundamentales materiales, determinando que sea éste el ámbito procesal en el que por el Juzgado deba emitirse la oportuna respuesta a la solicitud de nulidad e ilicitud de prueba que le sea planteada en trámite de instrucción.

Autores como GIMENO SENDRA⁸ son abiertamente críticos con la instauración de la práctica que acaba de exponerse, que entiende que debiera corregirse,

si se repara en que la misión de la instrucción no consiste en la declaración de la ilegalidad de los medios de prueba, sino la investigación y determinación del hecho punible y la responsabilidad de su autor. El juez de instrucción podrá dictar un auto de sobreseimiento en los supuestos en los que la LECrim. le autoriza, pero lo que no se le debiera autorizar es efectuar declaraciones sobre la ilicitud de las pruebas», por ser ésta «una competencia del órgano jurisdiccional decisor, quien, bien en la comparecencia previa, bien en la sentencia, podrá declarar la inconstitucionalidad de tales pruebas, así como la extensión de sus efectos.

En suma, como destaca el citado autor, las infracciones constitucionales en materia probatoria:

lo que han de ocasionar es una jurisprudencia sobre las reglas de exclusión de la valoración de la prueba prohibida, y no la importación, en la instrucción, de la doctrina de la nulidad de los actos procesales de los arts. 238 y ss. LOPJ, la cual se erigiría en fuente de dilaciones indebidas, desvirtuaría la función del instructor y sustraería la competencia del órgano decisor sobre la valoración de la prueba y la extensión de sus efectos.

⁷ En este sentido, Auto de 7 de mayo de 2013 de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la AN.

⁸ Gimeno Sendra, V.: «Corrupción y propuestas de reforma», *La Ley*, n.º 7990, Sección Doctrina, 26.12.2012.

Existen no obstante voces contrarias entre la doctrina, como la que representa ASENCIO MELLADO, para quien «la prueba ilícita (...) debe ser decretada en la fase de investigación si ya se conoce, y, en su defecto, no ser admitida como prueba; si es admitida, no ser valorada; y, si es valorada, no ser tomada en consideración para fundamentar en ella la condena».

Para este autor, por lo tanto, resulta posible decretar, durante la fase de investigación, la ineficacia de las pruebas obtenida con violación de derechos fundamentales, y ello pese a reconocer que en nuestro ordenamiento jurídico no existe un procedimiento específico para la denuncia y apreciación de la ilicitud probatoria. Concluyendo en tal sentido, no obstante:

que no exista un trámite específico, no es óbice para impedir que se utilicen aquéllos a través de los cuales pudiera manifestarse una petición tendente a valorar y producir los mismos efectos y consagrada en otros textos legales. Que la LECrim. no contenga una norma al respecto no se opone tampoco al uso en el proceso penal del cauce del art. 240 LOPJ para denunciar nulidades procesales. (...). Si esto sucede así, porque la LOPJ es de aplicación al proceso en general, no se entiende que no haya de hacerse lo mismo para la denuncia de nulidades derivadas de derechos fundamentales materiales. Cualquier otra interpretación parece forzada y llevaría (...) a refutar igualmente el uso de dicho precepto para en análisis de infracciones del art. 238 LOPJ⁹.

⁹ Resulta interesante revisar en esta materia los sucesivos artículos doctrinales que, a modo de particular correspondencia, se intercambian por los profesores Gimeno Sendra y Asencio Mellado. Así, pueden consultarse:

- Gimeno Sendra, V.: «Corrupción y propuestas de reforma», *La Ley*, n.º 7990, Sección Doctrina, 26.12.2012, Editorial LA LEY.
- Asencio Mellado, J.M.: «Exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales», *La Ley*, n.º 8009, Sección Doctrina, 25.01.2013.
- Gimeno Sendra, V.: «La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación al artículo del Prof. Asencio)», *La Ley*, n.º 8021, Sección Tribuna, 12.02.2013.
- Asencio Mellado, J.M.: «Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (respuesta al Prof. Gimeno Sendra)», *Diario La Ley*, n.º 8026, Sección Doctrina, 19.02.2013, Editorial LA LEY.
- Gimeno Sendra, V.: «La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación a la réplica del Prof. ASENCIO)», *Diario La Ley*, n.º 8027, Sección Tribuna, 20.02.2013, Editorial LA LEY.

5. *Problemas derivados de las múltiples personaciones en causas de corrupción*

La tipología de causas penales a las que se viene aludiendo presenta una triple problemática desde el punto de vista de la multiplicidad de personaciones que pueden concurrir en un mismo procedimiento, en sus diferentes posiciones procesales. Así, pueden distinguirse los siguientes supuestos:

a) MULTIPLICIDAD DE IMPUTADOS

La mayor parte de procedimientos instruidos por delitos relacionados con corrupción derivan, de forma paradigmática, en la investigación de un elevado número de conductas íntimamente relacionadas entre sí, que determina *ab initio* la imputación de un considerable número de personas a las que necesariamente se ha de traer al proceso durante la fase de esclarecimiento y depuración de sus eventuales responsabilidades penales.

Esta realidad procesal, que suele además conllevar la intervención en el proceso de defensas letradas altamente especializadas en materia de delincuencia económica, ha venido a determinar que la fase de instrucción se convierta en lo que algún autor ha caracterizado, no exento de razón, como una «instancia infinita»¹⁰, donde el panorama procesal actual es el siguiente:

- 1.º cualquiera de las defensas personadas en las actuaciones puede solicitar la práctica de las diligencias que considere necesarias para sus intereses y el ejercicio de su derecho de defensa;
- 2.º nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, a través de las disposiciones contenidas en los arts. 216, 217 y 766 LECrim, permite que prácticamente todas las resoluciones (autos y providencias) dictadas por el juez instructor —a excepción de las de carácter meramente interlocutorio— sean susceptibles de ser recurridas en reforma ante el mismo Juzgado, y en apelación ante la correspondiente Audiencia Provincial o la Sala de lo Penal en el ámbito de la Audiencia Nacional;
- 3.º del mismo modo, todas las diligencias de ordenación dictadas por el Secretario Judicial serán susceptibles de recurso de reposición y de revisión en los términos previstos en la legislación procesal (art. 238 LECrim.);

¹⁰ Rebollo Vargas, R. y Casas Hervilla, J., ob. cit.

- 4.º incluso, pese a no preverlo expresamente la LECrim., se viene permitiendo a las defensas personadas en las actuaciones la posibilidad de recurrir la práctica de diligencias acordadas por el juez instructor al amparo de lo dispuesto en el artículo 311 del referido Texto Legal;
- 5.º son igualmente amplias, como ya hemos visto en apartados anteriores, al amparo de la normativa sobre nulidad de actuaciones instaurada en los artículos 238 y ss. LOPJ, las posibilidades de denunciar, en el curso de la instrucción, supuestas vulneraciones de derechos fundamentales producidas a través de las diligencias de investigación acordadas por el Juzgado, amén de la posible denuncia de vicios y defectos procesales que generen indefensión a los imputados; y
- 6.º finalmente, cada imputado es libre de solicitar al juez instructor, tantas veces como lo crea oportuno, el sobreseimiento de la causa en lo que al mismo respecta, lo que obligará a aquél a dar una respuesta motivada en cada caso, y ello con anterioridad al pronunciamiento que corresponda efectuarse al amparo de lo dispuesto en el artículo 779.1 LECrim¹¹.

Es por ello que algún autor ha destacado esta posibilidad de «belligerancia impugnatoria» propiciada por nuestro ordenamiento jurídico como uno de los principales motivos de la dilación que a menudo sufren los procedimientos de investigación de delitos económicos¹².

b) MULTIPLICIDAD DE PERJUDICADOS

Como consecuencia de la opción seguida por nuestro legislador, de permitir la acumulación de la acción civil al proceso penal (arts. 1.092 del Código Civil, 109 y ss. del Código Penal y 107 y ss. de la LECrim.), lo que en principio pudiera parecer como el sistema más eficaz para la protección al perjudicado, y de mayor economía procesal al dilucidarse

¹¹ Bien es cierto que en esta materia los Tribunales (por todos, Autos de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la AN de 21.02 y de 11.10 de 2012) vienen avalando que en la medida en que la tramitación del procedimiento no se encuentre aún en la fase procesal que señala el artículo 779 de la LECrim., esto es, cuando no se encuentren practicadas una serie de diligencias ya acordadas, sino que perviva aún la tramitación de la fase de investigación judicial, esto es, el ámbito de actuación del artículo 777 de la LECrim., ello hará normalmente inviable un pronunciamiento sobre las pretensiones de sobreseimiento dirigidas al Juzgado.

¹² Gutiérrez Zarza, A.: «Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos», Madrid, 2000, pág. 257 (citada por Rebollo Vargas, R. y Casas Hervilla, J., ob. cit.).

en un único procedimiento las pretensiones penales y civiles, puede terminar convirtiéndose en una auténtica rémora en la instrucción de las grandes causas judiciales ligadas al fenómeno de la corrupción.

A menudo se esgrime, frente a la criticada lentitud de la justicia española para la resolución de los casos de delincuencia económica o financiera, el denominado «caso Madoff» —relativo a un conocido supuesto de estafa piramidal multimillonaria—, en el que un Tribunal Federal de los Estados Unidos dictó en 2009 sentencia condenatoria frente a este conocido estafador en un tiempo récord inferior a un año desde que se produjo su detención, imponiéndole la pena de 150 años de reclusión. Lo que sin embargo se omite al realizar esta reflexión, además de las diferencias entre ambos sistemas procesales y los principios que rigen uno y otro (principio de legalidad *versus* principio de oportunidad) es completar la anterior referencia con otras que hoy en día siguen mereciendo de vez en cuando un espacio reservado entre las páginas de la sección económica de diarios nacionales, como es el caso de la noticia aparecida recientemente en el diario *El País*, el domingo 12 de enero de 2014, bajo el titular «Los rescoldos del caso Madoff aún queman cinco años después», y con el siguiente subtítulo: «Encarcelado el cerebro del timo, la lucha se centra en resarcir a los clientes».

En definitiva, cualquiera que sea el modelo a seguir, habremos de asumir que la reparación de los perjuicios derivados de los hechos objeto de investigación en el campo de la delincuencia económica conllevará, en muchas ocasiones, la inevitable práctica de determinadas diligencias (piénsese en informes periciales o de carácter técnico imprescindibles para la concreción del perjuicio) que condicionarán el avance normal del proceso.

Lo anterior será especialmente significativo en el caso de los delitos masa, donde ante la posibilidad de que los perjudicados puedan dirigir su pretensión civil contra el Estado en su condición de responsable civil subsidiario, la instrucción tenderá a eternizarse y el juicio oral a prolongarse indefinidamente ante la multiplicidad de las acusaciones particulares personadas, lo que ha llevado a algún autor a destacar la conveniencia, en los términos establecidos por el artículo 22.2 del —hoy postergado— Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, de establecer una reserva obligatoria de las pretensiones civiles relativas a intereses difusos, colectivos y de grupo en el supuesto de comisión de delitos masa con una ingente pluralidad de perjudicados¹³.

¹³ Son éstos los términos que emplea Gimeno Sendra en su obra antes citada («Corrupción y propuestas de reforma»), al tratar de la necesidad de agilizar los «macro procesos».

c) MULTIPLICIDAD DE ACUSACIONES POPULARES

Son varias las cuestiones que suelen plantearse en el ejercicio de la acción popular en el seno de un procedimiento penal ligado a la investigación de delitos de corrupción, que entiendo que, desde esta perspectiva, deben ser resueltas conciliando el legítimo ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva dentro de los márgenes autorizados por nuestra legislación procesal, con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y sometido al adecuado impulso procesal que debe regir la instrucción de las actuaciones, derechos ambos recogidos en el art. 24 CE.

Así, conviene recordar cómo dispone el artículo 101 de la LECrim. que la acción penal es pública, añadiendo a continuación que «todos los españoles podrán ejercitarla con arreglo a las disposiciones de la Ley». Encontramos estas disposiciones en los artículos 270 y siguientes de la LECrim., de modo tal que para poder ejercitar el derecho de la acción popular señalada se exige la presentación de querrela, con los requisitos establecidos en el artículo 277, y la prestación de fianza en la cuantía que se fijare para poder responder de las resultas del juicio, conforme al art. 280 LECrim. Y únicamente tras el cumplimiento de los requisitos mencionados se adquiere la condición de parte procesal, que es la que permitiría, en tal caso, la válida personación en las actuaciones, con todos los efectos legales.

Por lo tanto, la primera exigencia para toda entidad o colectivo que pretenda su personación en la causa en condición de acusación popular será la acreditación de haber cumplimentado las exigencias señaladas para el ejercicio de la acción popular —presentación de querrela y prestación de fianza—, de manera que para el caso de no haberse constituido como acusación popular en forma, y estando excluida la acción penal adhesiva al acusador popular en virtud de los arts. 109 y 110 de la LECrim, procederá con carácter general la inadmisión de su personación en la causa.

Sin perjuicio de lo anterior, y para el caso de que se subsanen los defectos procesales en que pudieren incurrir las entidades interesadas, o bien se cumplan desde el principio los requisitos para la válida personación en condición de acusador popular, y tras consignar la fianza que en su caso se considerara ajustada en los términos del art. 280 LECrim, debe atenderse especialmente a la posibilidad que reconoce el artículo 113 de la LECrim y reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (en tal sentido, SsTC 30/1981, 193/1991 y 154/1997, entre otras), para los supuestos en que se aprecie por el instructor una suficiente convergencia de intereses entre las distintas entidades solicitantes de

personación en las actuaciones en condición de acusación popular, haciendo previsible la coincidencia de tales intereses comunes, incluso puntos de vista, en la orientación de su actuación procesal de forma tal que puedan convertir en inútil o injustificada la reiteración de diligencias o actos realizados por sus respectivas representaciones y asistencias letradas.

En tales casos, la eventual procedencia de admitir las personaciones interesadas, luego de cumplidos los presupuestos procesales establecidos en los arts. 101, 270, 277, 280 y concordantes LECrim, habría de quedar en todo caso sometida a la condición de ejercitarse bajo la misma dirección jurídica y representación procesal, lo que para el caso de encontrarse otras acusaciones populares personadas con anterioridad, exigirá que se coincida con alguna de ellas.

6. *Aforamientos*

Si existe alguna institución procesal sobre la que se ha alcanzado en los últimos tiempos mayor consenso social y doctrinal sobre la necesidad de su revisión o reducción a su justa fundamentación, esa no es otra que la de los aforamientos de determinados cargos públicos, cuyo exceso puede llegar a dificultar la lucha contra la corrupción¹⁴, máxime si se tiene en cuenta que, de acuerdo a la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 22/1997, de 22 de febrero), el aforamiento se viene extendiendo a los hechos punibles cometidos con anterioridad a la toma de posesión del cargo correspondiente, lo que en la práctica puede provocar efectos perniciosos y dilatorios de la instrucción.

Me limitaré en este apartado —al exceder otras consideraciones del objeto de nuestro análisis— a esbozar las principales líneas trazadas por la consolidada doctrina tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, en el caso de existir indicios frente a personas aforadas, para que se produzca el cese de la competencia del instructor ordinario y la consiguiente asunción de tal competencia por el Tribunal Supremo o Tribunal Superior de Justicia.

Se viene así señalando que con antelación a la pérdida de competencia por el Juzgado de instrucción ordinario, cuando en el curso del procedimiento aparece la posible participación de personas aforadas en

¹⁴ Esta es la tesis sostenida por Esparza, I., y reproducida por el Diario El Mundo del 27 de julio de 2014, bajo el título «El desaforamiento posible. Un impedimento para luchar contra la corrupción».

las conductas y hechos objeto de investigación, «deben depurarse en el Juzgado de Instrucción de origen cuantas diligencias sean precisas para completar la investigación de los hechos, al efecto no solo de acreditar los mismos sino también el grado de participación que en ellos hubiera podido tener la persona aforada» (ATS de 3 de diciembre de 2012, con cita de autos del TS de 26/1 y 24/4/98, 1/4/99, 8/1/04 y 18/4/12, entre otros muchos). De modo que «con carácter previo a una posible asunción de dicha competencia, de conformidad con la doctrina sentada ya en la sentencia 189/90, de 15 de noviembre, debe agotarse la instrucción de la causa, a fin de permitirse una más fundada decisión no ya sobre la racionalidad de los indicios de existencia de infracción penal, sino de los que pueda haber de participación en ella del aforado». En el mismo sentido se pronuncia el ATS de 2 de octubre de 2012, al señalar:

Cierto es que la competencia para la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra Diputados o Senadores corresponde a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, por lo dispuesto en el artículo 71.3 CE y 57.1.2.º LOPJ. —También lo es el deber del Instructor de investigar todo lo relativo al hecho delictivo, entre ello lo concerniente a la individualización de las personas responsables de los delitos que pudieran haberlo cometido. —Pero no es menos cierto el carácter excepcional de la mencionada norma que atribuye competencia al Tribunal Supremo para conocer de las causas criminales contra las personas aforadas por razón de los cargos que desempeñan y tal carácter excepcional justifica el que esta Sala venga exigiendo cuando se imputan actuaciones criminales a un grupo de personas y alguna de ellas tiene el carácter de aforado, no solo que se individualice la conducta concreta que respecto a ese aforado pudiera ser constitutiva de delito, sino también que haya algún indicio o principio de prueba que pudiera servir de apoyo a tal imputación (v. autos de esta Sala dictados en causas especiales: de 27/1/98 n.º 4120/97; de 7 y 29 de octubre de 1.999 n.º 2030/99 y 2960/99; de 2/1/2000 n.º 2400/99; de 5/12/01 n.º 6/01; de 6/9/02 n.º 36/02; de 23/4/03 n.º 77/03, 18/4/12 n.º 20202/12, entre otros). —De ahí que para que proceda declarar su competencia sea menester que existan suficientes indicios de responsabilidad contra la persona aforada (v. art. 2 de la Ley de 9 de febrero de 1912).

Ante lo que acabamos de exponer, y sin haberse practicado investigación alguna y con carácter previo a una posible asunción de dicha competencia, de conformidad con la doctrina sentada ya en la sentencia 189/90, de 15 de noviembre, debe agotarse la instrucción de la causa, a fin de permitirse una más fundada decisión no ya sobre la racionalidad de los indicios de existencia de infracción penal, sino de los que pueda haber de participación en ella del aforado (...)

En definitiva para provocar el conocimiento por esta Sala de casos como el de que se trata, cuando en los hechos a investigar hubieran intervenido otras personas, además del aforado, no basta con constatar en la querella la existencia de un querellado aforado, se hace necesario objetivar indicios de cierta consistencia o solidez en apoyo de la implicación del mismo en los hechos.

Es preciso (...) objetivar los datos de relieve obtenidos en la actividad instructora, y precisar por qué se entiende que a partir de ellos adquiere plausibilidad una determinada hipótesis de atribución de responsabilidad.

Junto a las anteriores consideraciones, sería deseable una doctrina jurisprudencial más clara a la actualmente existente, a la hora de impedir que determinadas renunciaciones o desaforamientos de personas ya acusadas y sobre las que se haya decretado la apertura del juicio oral puedan provocar la pérdida de la asunción competencial efectuada ya por un determinado Tribunal, con el consiguiente retraso que tales conductas, en actuaciones en ocasiones calificadas como de fraude de ley, pueden producir para el ulterior enjuiciamiento de los hechos por parte del Tribunal finalmente competente.

7. Otros «privilegios» procesales

Como tales creo que deben ser tratadas las especiales prerrogativas que los artículos 410 y siguientes de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal otorgan a determinados cargos y representantes públicos, cuando deban ser interrogados como testigos en el curso de un procedimiento penal.

Como es sabido, en su redacción dada por LO 12/1991, de 10 de julio, los artículos 412 a 415 establecen las siguientes especialidades al regular la prueba de las «declaraciones de los testigos»:

- a) Se establece la exención de declarar de determinadas personas de la Familia Real, pudiendo otras hacerlo por escrito.
- b) Quedan exentos de concurrir al llamamiento del Juez, pudiendo en su lugar informar por escrito sobre los hechos de que tengan conocimiento por razón de su cargo: 1.º El Presidente y los demás miembros del Gobierno; 2.º Los Presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado; 3.º El Presidente del Tribunal Constitucional; 4.º El Presidente del Consejo General del Poder Judicial; 5.º El Fiscal General del Estado; 6.º Los Presidentes de las Comunidades Autónomas.

- c) Podrán las personas anteriormente referidas prestar declaración en su domicilio o despacho profesional, cuando deban ser interrogados sobre cuestiones de las que no hayan tenido conocimiento por razón de su cargo.
- d) Quienes en el pasado hubiesen desempeñado los cargos anteriormente referidos estarán igualmente exentos de concurrir al llamamiento del Juez, pero no de declarar, pudiendo informar por escrito sobre los hechos de que hubieren tenido conocimiento por razón de su cargo.
- e) Quedan exentos de concurrir al llamamiento del Juez, pudiendo declarar en su despacho oficial o en la sede del órgano del que sean miembros: 1.º Los Diputados y Senadores; 2.º Los Magistrados del Tribunal Constitucional y los Vocales del Consejo General del Poder Judicial; 3.º Los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo; 4.º El Defensor del Pueblo; 5.º Las Autoridades Judiciales de cualquier orden jurisdiccional de categoría superior a la del que recibiere la declaración; 6.º Los Presidentes de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas; 7.º El Presidente y los Consejeros Permanentes del Consejo de Estado; 8.º El Presidente y los Consejeros del Tribunal de Cuentas; 9.º Los miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas; 10.º Los Secretarios de Estado, los Subsecretarios y asimilados, los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y en Ceuta y Melilla, los Gobernadores civiles y los Delegados de Hacienda.
- f) Finalmente se contienen otras previsiones: así, si se trata de cargos cuya competencia esté limitada territorialmente, sólo será aplicable la exención correspondiente respecto de las declaraciones que hubieren de recibirse en su territorio, excepción hecha de los Presidentes de las Comunidades Autónomas y de sus Asambleas Legislativas; y si se trata de miembros de las Oficinas Consulares, se estará a lo dispuesto en los Convenios Internacionales en vigor.

Sin embargo, tales declaraciones testificales pueden suponer, para el caso de llevarse a la práctica en la forma establecida en el artículo 413 de la LECrim, una fuente inagotable de problemas para su correcto desarrollo, cuando se practican en causas de la complejidad propia que está siendo analizada (piénsese así en la intervención y efectiva personación en el domicilio o despacho profesional del testigo de la comisión judicial, además de las múltiples partes que pueden estar personadas y que tienen derecho a participar en el interrogatorio; o en

las exigencias procesales relativas a la debida documentación del acto por parte del Secretario Judicial).

A ello se añade la absoluta falta de previsión legal acerca de la forma en la que deben desarrollarse las declaraciones testificales por escrito, lo que ha llevado en determinados casos a instaurar un régimen procesal no expresamente concretado por el legislador, pero que en definitiva trate de impedir que se pueda pervertir la eficacia de la diligencia o prueba testifical a sustanciarse en el procedimiento.

Tal régimen procesal habría de incluir en todo caso las siguientes prevenciones, sin perjuicio de otras adicionales:

- a) Práctica en presencia del Secretario Judicial, quien apercibirá al testigo de la obligación que tiene de ser veraz y de la posibilidad de incurrir en un delito de falso testimonio en causa criminal —art. 433 LECrim—.
- b) Tras realizar dichas prevenciones, el Secretario Judicial hará entrega al testigo del pliego de preguntas sin que a aquél se le permita acceder con anterioridad a las mismas.
- c) Declaración practicada en unidad de acto y en presencia únicamente del Secretario Judicial, debiendo éste cuidar de que el testigo no comunique por vía telefónica o por cualquier otro medio con terceros —art. 435 LECrim—.
- d) El testigo no podrá consultar documento alguno salvo algún apunte o memoria que contenga datos difíciles de recordar —art. 437 LECrim—.
- e) Se levantará acta por el Secretario Judicial que reflejará el lugar, día y hora de la práctica de la diligencia; circunstancias personales del testigo; juramento o promesa de decir verdad y apercibimientos en caso de quebrantamiento; preguntas formuladas al testigo y respuestas por él dadas.

De igual forma ha suscitado controversia, en tales casos, la concesión a las partes, acusaciones y defensas, de un mismo plazo para presentar las preguntas que interesaran formular al testigo, de cara a la ulterior confección del correspondiente pliego de preguntas, y ello bajo el planteamiento de la necesidad de que se diera traslado a las defensas una vez resuelto por el Juzgado lo oportuno sobre la pertinencia de las preguntas formuladas por las acusaciones, lo que se ha intentado justificar al amparo de la previsión contenida en el artículo 708 LECrim, relativa al examen de los testigos en el Juicio oral. Sobre tal particular se ha pronunciado expresamente la Sala de lo Penal de la AN, en su Auto n.º 6/14, de 17 de enero, que se refiere a la necesidad de «adecuar la forma de llevar a cabo la diligencia a la fórmula empleada» y a la «po-

sibilidad legalmente prevista de declarar por escrito», debiendo atenderse «a la contradicción debida (...), y, a la par, a la espontaneidad de la declaración que ha de darse o pretenderse que impregne la práctica de la diligencia», para lo que estima improcedente el conocimiento de antemano por las defensas de la relación de preguntas a formular al testigo por las acusaciones.

8. *Unidades de Auxilio a la Instrucción*

La instrucción judicial de procedimientos por corrupción exige que junto al juez instructor, trabajen, bajo la debida coordinación, los correspondientes equipos conjuntos de policía, técnicos de Hacienda y expertos en contratación.

Para ello, partiendo de la regulación contenida en el artículo 473 de la LOPJ, que prevé la posibilidad de que funcionarios de otras Administraciones presten servicios en la Administración de Justicia, con carácter ocasional o permanente, cuando sean necesarios para auxiliarla en el desarrollo de actividades concretas que requieran conocimientos técnicos o especializados, se acudirá por el juez instructor, desde el inicio de las investigaciones, a recabar el correspondiente auxilio de la Agencia Tributaria —a través de las oficinas de auxilio y de otros departamentos (como la ONIF) integrados por funcionarios públicos—, fundamentalmente Inspectores de la AEAT, expertos en materia económica y tributaria —así como de la Intervención General del Estado (IGAE), a través de los funcionarios expertos en contratación pública—.

Es un planteamiento habitual durante las instrucciones el cuestionamiento del carácter de peritos de los inspectores de Hacienda como funcionarios de la Agencia Tributaria, así como el de su imparcialidad a la hora de emitir sus correspondientes informes atendiendo a las funciones encomendadas por el instructor.

A este respecto, resulta doctrina pacífica del Alto Tribunal que la imparcialidad de los peritos viene determinada por su condición de funcionarios públicos que sirven con objetividad a los intereses generales. Los informes periciales emitidos por funcionarios públicos u organismos oficiales gozan de garantía de imparcialidad, solvencia técnica y objetividad de su contenido (si no, lo mismo podría decirse de los peritos dependientes de las FFCCSSE.⁹).

Esta doctrina se recoge, entre otras, en STS 6 de noviembre de 2000 (y también en las SsTS de 8.05.2001, 5.12.2002, 21.11.2005, 20.06.2006, 20.03.2007, 29.05.2009 y 29.09.2009), bajo las siguientes premisas:

- a) La determinación de la concurrencia del elemento típico constituido por el importe de la cuota tributaria defraudada no se efectúa en realidad por los peritos sino por el Tribunal sentenciador, valorando el conjunto de la prueba practicada, obteniendo de ella los elementos fácticos necesarios y resolviendo jurídicamente la cuestión prejudicial planteada mediante la aplicación de la normativa impositiva procedente.
- b) La imparcialidad de los peritos judiciales informantes viene determinada por su condición de funcionarios públicos cuya actuación debe estar dirigida a «servir con objetividad los intereses generales». Todo ello, obviamente, sin perjuicio de la necesidad de que el dictamen se someta al procedente debate contradictorio y a la debida valoración judicial conforme a las reglas de la sana crítica. Y,
- c) Sin perjuicio, obviamente, del derecho de la parte a proponer una prueba pericial alternativa a la ofrecida por el Ministerio Público.

Concluyendo la jurisprudencia que la vinculación laboral de los funcionarios públicos con el Estado que ejerce el *ius puniendi* o con un sector concreto de la Administración pública que gestiona los intereses generales afectados por la acción delictiva concreta que se enjuicie (sea la protección de la naturaleza en un delito ambiental, la sanitaria en un delito contra la salud pública o la fiscal en un delito contra la Hacienda Pública) no genera, en absoluto, interés personal en la causa ni inhabilita a los funcionarios técnicos especializados para actuar como peritos objetivos e imparciales a propuesta del Ministerio Fiscal, que promueve el interés público tutelado por la ley.

Señala el TS que de seguir otro criterio, hasta los dictámenes balísticos, grafológicos o dactiloscópicos deberían solicitarse por el Ministerio Público al sector privado, dada la vinculación laboral de los peritos que ordinariamente los emiten con el Ministerio del Interior que promueve la investigación y persecución de los hechos delictivos enjuiciados, y con el Estado que ejerce el *ius puniendi*.

La anterior doctrina jurisprudencial ha permitido superar pronunciamientos contradictorios como el reflejado en la STS de 20.01.2006, que entiende como planteamiento erróneo el considerar a los funcionarios de la AEAT como peritos, sentando que sus declaraciones solo pueden ser tenidas en cuenta a efectos de ratificar o ampliar los hechos constatados en las actas de inspección; o la opinión contenida en el voto particular a la STS 23.06.2008, que sostiene que no puede equipararse a los funcionarios de la AEAT con los integrados en los ga-

binetes de policía científica, ya que estos no forman parte del equipo investigador-incriminador, como sí ocurre con los funcionarios de la AEAT, lo que sitúa a éstos dentro del carácter de personas con un posible interés en el procedimiento, y por lo tanto como recusables al amparo del artículo 468 LECrim.

Frente a tales tesis minoritarias, lo cierto es que la doctrina tradicional antes expuesta ha venido a ser definitivamente consolidada en pronunciamientos recientes, como el contenido en la STS 586/2014 de 23 de julio, recurso de casación n.º 263/2014 (caso Fabra), que al valorar la eficacia probatoria del informe pericial emitido por perito perteneciente a la Unidad de Apoyo de la Agencia Tributaria a la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, declara que «es harto conocida la doctrina jurisprudencial que reitera la habilidad de los funcionarios de la AEAT para intervenir como peritos en las causas por delitos fiscales, no obstante, incluso, su intervención en las inspecciones administrativas del sujeto pasivo del impuesto acusado penal».

Y viene a pronunciarse la citada Sentencia sobre la cuestión antes aludida, en los siguientes términos:

En alguna ocasión se ha alegado que, cuando el funcionario llamado a peritar ha llegado más allá de aquella previa intervención, actuando como auxiliar del Ministerio Fiscal en sus actuaciones previas a la causa penal, e incluso manteniendo en la instrucción de ésta un cierto protagonismo impulsor de determinada estrategia investigadora, la solución debiera ser diversa (...). La concreta STS n.º 463/2008, de 23 de junio, decidió un supuesto de sentencia absolutoria, en causa en la que intervinieron como peritos funcionarios de la AEAT, pues en la misma, pese a la confirmación, se parte de que la sentencia de instancia sí que valoró lo que tales peritos aportaron, siquiera, críticamente, no asumieron su resultado en función de otros medios de convicción. Por ella esa sentencia no implica un punto y aparte de la doctrina general. Ni desde luego, el voto particular, en cuanto rechazado, instaura una nueva línea. Al contrario la necesidad de éste subraya la continuidad de la tesis jurisprudencial general.

Un último aspecto a tratar sería el relativo a la necesidad de someter a ratificación a presencia judicial los informes periciales elaborados en funciones de auxilio a la instrucción por parte de los funcionarios de la AEAT, en causas donde los referidos informes pueden contarse por decenas. Estimo que, sin perjuicio de las particularidades concurrentes en cada caso y de la diferente respuesta que, en atención a aquéllas pueda ofrecerse, la ratificación de los informes periciales en principio únicamente será preceptiva en el acto del juicio oral, donde habrán de alcanzar plena eficacia probatoria, salvo en los supuestos de dictá-

menes emitidos por laboratorios oficiales en los que ni siquiera es exigible dicha ratificación en el plenario cuando no resultan expresamente impugnados por alguna de las partes —en este sentido, STS 963/2011, de 27 de septiembre—.

Finalmente, no podemos dejar de sumarnos, desde estas líneas, a las voces que vienen reclamando con urgencia la creación de unidades periciales o de auxilio judicial adscritas a los juzgados de instrucción con especiales competencias en materia de delincuencia económica o relacionada con la corrupción.

En este sentido, como indica la doctrina¹⁵, resultaría suficiente para una tramitación más ágil de las causas, a la vez que más garantista para los derechos de los imputados, con la adscripción funcional de determinados profesionales a los que los Tribunales pudieran recurrir para el «asesoramiento técnico» en las materias o en los ámbitos que exigen conocimientos especializados, como pueden ser los de carácter financiero, contables o de contratación pública, de forma que los referidos técnicos que resultaran adscritos a la Administración de Justicia, bajo dependencia funcional de los instructores, llevaran a cabo el asesoramiento idóneo para que éstos dispongan de los criterios que les permitan valorar los hechos objeto de la investigación con la objetividad y celeridad precisa.

9. Cooperación judicial internacional

Como pone de manifiesto la práctica ordinaria de los juzgados y tribunales encargados de la investigación y enjuiciamiento de los delitos vinculados a la delincuencia económica y a la corrupción, un fenómeno característico y reiterado en las conductas sometidas al examen judicial es el relativo a su internacionalización.

Es por ello que puede afirmarse que la cooperación jurídica internacional en materia penal no es sino la respuesta global de los Estados a este fenómeno de la transnacionalidad en los procesos penales, derivada de la referida internacionalización de la actividad delictiva. De forma que, siguiendo el planteamiento de GARCÍA MORENO¹⁶, si bien el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de las autoridades judiciales de un Estado, en cuanto expresión tradicional de la soberanía estatal, se halla circunscrito al interior de sus fronteras, sin embargo,

¹⁵ Rebollo Vargas, R. y Casas Hervilla, J., ob. cit.

¹⁶ García Moreno, J.M.: «La cooperación judicial penal en el ámbito iberoamericano», en *El Derecho*, 19.12.2013.

los retos planteados por la lucha contra la delincuencia transnacional —muy especialmente en el ámbito de la delincuencia económica organizada—, obligan a adoptar mecanismos jurídicos que permitan la actuación extraterritorial en el ejercicio de la jurisdicción, conciliando esta actuación con la salvaguarda de la soberanía de los Estados y el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales.

Dentro de este marco, y sin poder profundizar ahora en cuestiones que excederían del objetivo de nuestro análisis, sí puede por lo menos sugerirse algo parecido a un «código de buenas prácticas» en el ámbito de ejecución de comisiones rogatorias en los procedimientos seguidos para la investigación de delitos de corrupción, que, entre otras, debiera incluir las siguientes:

a) IDENTIFICACIÓN DEL MARCO NORMATIVO O CONVENIO APLICABLE PARA LA EJECUCIÓN DE LA SOLICITUD DE AUXILIO JUDICIAL INTERNACIONAL

Al respecto, y en lo que se refiere a la cooperación judicial penal en el ámbito de la Unión Europea, debe tenerse especialmente presente¹⁷, junto con el Convenio de asistencia judicial en materia penal de 1959, el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000, donde se recogen de forma sistematizada los avances jurídicos que puntualmente iban añadiendo diversos instrumentos de cooperación en materia penal, y a la vez se introducen diversas medidas procesales innovadoras y que toman en consideración tanto los avances sociales como tecnológicos ocurridos en el último medio siglo, regulando expresamente diligencias como el intercambio espontáneo de información entre autoridades competentes, la audición por videoconferencia, por conferencia telefónica, las entregas vigiladas, los equipos conjuntos de investigación, las investigaciones encubiertas y una detallada normativa sobre cooperación en materia de intervenciones de telecomunicaciones; regulando un Protocolo de 2001 las solicitudes de cooperación judicial dirigidas a la obtención de datos bancarios, diligencia de especial trascendencia en el ámbito de la delincuencia vinculada a los delitos de corrupción, ya que son habitualmente los bancos ubicados en países extranjeros los destinatarios de parte de los efectos derivados de la acción investigada.

¹⁷ Para este análisis se ha seguido el artículo de Palomo del Arco, A.: «Cooperación judicial penal en Europa. De la escasez a la abundancia.», en *Revista del Poder Judicial*, n.º 91, año 2011.

Asimismo, deberán tenerse en cuenta, en los respectivos ámbitos supranacionales, las especialidades contenidas en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Nueva York, 31 de octubre de 2003; en el Convenio de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 y firmado en Palermo el 13 de diciembre de 2000; y asimismo, en el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito de 8 de noviembre de 1990, y 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.

b) IDENTIFICACIÓN DE LA AUTORIDAD REQUERIDA CON ESPECIAL COMPETENCIA EN LA MATERIA SOBRE LA QUE VERSE LA COMISIÓN ROGATORIA

Al igual que ocurre en nuestro país, en los diversos Estados a los que sea preciso acudir en solicitud de auxilio judicial internacional, la actividad de investigación de la gran delincuencia económica vinculada a la corrupción y a la criminalidad organizada estará normalmente asignada a un ámbito específico dentro de la organización de cada Fiscalía o Tribunal, cuya identificación como paso previo a la remisión de la comisión rogatoria facilitará su posterior tramitación y agilizará los pasos a seguir y las futuras ampliaciones de la inicial solicitud de cooperación.

c) ASISTENCIA POR «REDES» Y ORGANISMOS ESPECIALIZADOS EN COOPERACIÓN INTERNACIONAL

A tal efecto, resulta conveniente explotar las diversas vías o canales de comunicación al alcance de los juzgados y fiscalías, tales como la figura de los Magistrados de Enlace o consejeros de justicia en las delegaciones diplomáticas (presentes por parte del Estado español, en la actualidad, en Francia, Italia, Reino Unido, Estados Unidos y Marruecos), expertos en materia de cooperación judicial y con especial capacitación para impulsar o acelerar todo tipo de trámite al respecto, especialmente a través del contacto directo con las autoridades requeridas.

Es igualmente útil la asistencia prestada por las diversas redes integradas por magistrados y fiscales especialistas en los distintos ámbitos de cooperación judicial —así, Red Judicial Europea (que facilita a través de su página web www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/, en idioma inglés y francés, herramientas de tanta ayuda como el atlas judicial, las denominadas «fichas belgas» y el «compendium», de cara a facilitar la ejecución de diversas diligencias a través de comisión rogatoria), la Red Judicial Espa-

ñola de Cooperación Judicial Internacional (REJUE), la Red Judicial Penal Europea, IberRed, o la Red de Fiscales de Cooperación Internacional bajo la coordinación de la Fiscal de Sala Coordinadora de Cooperación Penal Internacional, y la Red Española de Secretarios Judiciales en Cooperación Jurídica Internacional (RESEJ)—.

Del mismo modo se cuenta con una herramienta procesal facilitada por el Consejo General del Poder Judicial, a través del CENDOJ y la asistencia continua prestada por su Servicio de Relaciones Internacionales, consistente en el Prontuario, con el objetivo de permitir superar todo obstáculo o problema que surja en el ámbito de la investigación penal cuando deba acudir a la ejecución de diligencias de carácter transnacional.

Finalmente, no puede olvidarse la labor que desde hace años se viene desarrollando desde Eurojust con idéntica finalidad, y al objeto de permitir una más fluida cooperación judicial penal en lo que se refiere a su ámbito de actuación, facilitando no sólo la práctica de diligencias o coordinación en actuaciones de investigación, sino de manera muy eficaz el seguimiento e incautación de los activos procedentes de los delitos investigados, lo que adquiere especial relevancia en la materia objeto de nuestro estudio.

10. *Cooperación con la instrucción*

Es ya sabido por todos que el artículo 17.1 de la LOPJ obliga a toda persona y entidad pública y privada a prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, sin más excepciones que las que establezcan la Constitución y las leyes.

Es también sabido, sin embargo, que en la instrucción de procedimientos por delitos económicos o financieros, donde se hace preciso recabar una ingente cantidad de documentación bancaria que permita el análisis del curso del dinero y su posible vinculación a los hechos investigados, la obtención de la totalidad de la información necesaria para acometer dicho estudio se termina convirtiendo en una odisea, y suele precisar de reiteración en la práctica de diligencias de requerimiento, a lo que contribuye la dificultad para encontrar un canal o contacto que haga más ágil el trasvase de información entre el Juzgado y la entidad requerida, así como la centralización de los servicios jurídicos de las entidades bancarias que son quienes suelen dar respuesta a las peticiones que a menudo son dirigidas a una oficina o sucursal concreta.

Baste en esta materia recordar, como punto de partida, cómo la posibilidad de investigar datos bancarios tanto en los procedimientos administrativos como en los penales ha sido objeto de examen y aprobación por el Tribunal Constitucional, de manera que siempre que esté justificado, el requerimiento de datos relativos a la situación económica de una persona no obstante suponer una intromisión en la intimidad, no puede considerarse ilegítimo y, en consecuencia, no producirá una vulneración del derecho consagrado en el art. 18.1 CE (SSTC 115/2000, de 5 de mayo; 156/2001, de 2 de julio; y 83/2002, de 22 de abril).

Del mismo modo, debe recordarse la obligación que actualmente impone el artículo 25 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo —con entrada en vigor el 30.4.2010—, en relación a la conservación de la documentación en que se formalice el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la referida Ley, durante un periodo mínimo de diez años, y para todos los sujetos obligados (entre los que el artículo 2.1.a) de la misma Ley menciona expresamente a las entidades de crédito).

Y se concluirá señalando la posibilidad de acordar como diligencia durante la instrucción, atendida la proporcionalidad, idoneidad y necesidad en atención al caso concreto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13, en relación con los artículos 545, 547, 564, 574, 575 y 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —en la medida que tales preceptos imponen al juez la obligación de recoger y asegurar los instrumentos del delito y facilitar el acceso a los mismos—, la entrada y registro en la oficina o sucursal que pudiera albergar los datos interesados por el Juzgado y cuya aportación resulte negada u orillada por el destinatario del requerimiento, esto es, para el caso de que no se acceda a la previa solicitud de entrega voluntaria, lo que exigirá la adopción de tal medida en una resolución debidamente motivada y amparada en la finalidad del esclarecimiento de los hechos objeto de instrucción, y permitirá en todo caso habilitar a la policía judicial y a los funcionarios de la AEAT que se encuentren designados en labores de auxilio judicial para supervisar y facilitar la ejecución de la diligencia.

Instrumentos para la investigación de la corrupción

Alejandro Luzón Cánovas

Fiscal. Fiscalía contra la Corrupción y Criminalidad Organizada

I. La moderna corrupción

La corrupción ha existido siempre a través de la historia en prácticamente toda forma de organización política. Esta evidencia conduce a dos reflexiones. La primera, que quizá no sea un objetivo realista hablar de su erradicación. Tampoco se trata, como dijo aquel Presidente de la República de Colombia (Julio César Turbay Ayala, 1978-1982) de que «debemos reducir la corrupción a sus justos términos». Pero sí es cierto que a lo más que podemos aspirar es a proteger a la sociedad frente a las conductas más graves mediante el ejercicio del *ius puniendi* estatal lo que, por otra parte, resulta coherente con el papel que el Derecho penal debe jugar en un Estado de Derecho conforme al principio de intervención mínima. Una segunda reflexión: si la corrupción ha existido siempre, ¿cuál es la razón por la que ahora parece estar más de actualidad, hasta el punto de que son muchos los países que en los últimos años han creado instrumentos legales específicos para combatir la corrupción o reforzado los ya existentes? ¿Existe acaso más corrupción? En verdad que así lo parece, al menos en España, a la vista de los numerosos casos de corrupción que con sorprendente frecuencia destapan los órganos competentes de los Cuerpos Policiales y de la Fiscalía encargados de su persecución. Por otra parte, no existen datos empíricos que permitan afirmar o desmentir que en la actualidad exista más corrupción que antes. A falta de tal evidencia, es cierto que los índices de percepción de la corrupción, según los últimos datos presentados por Transparencia Internacional, han aumentado en España¹. También

¹ El índice de percepción de la corrupción (IPC) de 2013 sitúa a España en el puesto 40 de 175 países analizados, con un IPC de 59, siendo 100 la percepción de ausencia de corrupción. Representa un descenso de 10 puestos respecto al puesto 30, con un IPC de 65, del año anterior.

en el primer informe de la Unión Europea sobre corrupción, presentado el 3 de febrero de 2014, la Comisión Europea revela que el 95% de los ciudadanos españoles considera que la corrupción en España está muy extendida². Estos datos, bastante peores que la media europea, dibujan un escenario alarmante que es matizado por quienes, poniendo el acento en una creciente eficacia en la lucha contra la corrupción, se muestran más optimistas.

Aunque en verdad no sabemos si hay más o menos corrupción que en décadas anteriores, lo que sí es cierto es que la corrupción contemporánea presenta unas características distintas a la corrupción que podríamos llamar tradicional o histórica.

En primer lugar se trata de una corrupción que supera la esfera de la función pública y puede presentarse también en el ámbito de la economía privada, afectando a intereses socialmente relevantes como la libre competencia. La frontera entre lo público y lo privado aparece hoy especialmente desdibujada en materia de corrupción, favorecida por el crecimiento de la Administración Pública y la diversificación del proceso de toma de decisiones en el aparato público. En muchos ámbitos no existe ya una estructura rígida que permita detectar dónde se adoptó una decisión, sino que existe una serie de etapas o niveles donde dicha decisión se va formando. Esta realidad multiplica las posibilidades de corrupción y, sobre todo, hace muy difícil demostrar el grado de implicación de los distintos niveles de decisión. La Administración ha adoptado en los últimos tiempos un sistema de gestión tomado de las organizaciones empresariales, creando sociedades estatales o entidades públicas empresariales en las que se han establecido estructuras que por la propia naturaleza de la actividad empresarial, regida por principios de especialidad, de división del trabajo y de complementariedad en la persecución de objetivos comunes, dificultan la necesaria individualización de la responsabilidad de un sujeto concreto. El hecho de que las ventajas ilícitas producto de las actividades corruptas sean casi siempre ventajas patrimoniales, determina que los mecanismos empleados para evitar su descubrimiento y ocultar las ganancias obtenidas sean también de naturaleza privada y comunes a otras formas de delincuencia económica organizada.

En este sentido, las ventajas de la globalización y de la innovación tecnológica son aprovechadas con maestría por los delincuentes econó-

² Otros datos revelados en este informe se refieren a que el 63 % de los ciudadanos españoles piensa que la corrupción les afecta en su vida cotidiana, el 54% que dificulta a su empresa para hacer negocios en el país y solo el 10% considera que los esfuerzos del Gobierno para combatirla son eficaces.

micos, relacionados o no con la corrupción, que se valen de los más sofisticados mecanismos para lo que cuentan con experto asesoramiento legal y financiero, principal o únicamente dirigido a la ocultación de los productos del delito frente a la actuación del Estado.

En los últimos años otro fenómeno ha venido a alterar los perfiles de la corrupción tradicional. Se trata de la especial atracción que la criminalidad organizada siente por la comisión de delitos económicos y de corrupción, quizá porque presentan mayor sofisticación y menor rechazo social que los tradicionalmente asociados con la delincuencia organizada (tráfico de drogas, de armas, de seres humanos, terrorismo) y porque las ganancias obtenidas se encuentran potencialmente más al resguardo de las acciones represivas penales que las procedentes del tráfico de drogas o de la explotación de personas. Y me temo que no sólo las ganancias: conseguir una condena por corrupción en España es notablemente más complicado que por cualquier otro delito relacionado con la criminalidad organizada. No digamos ya si es por terrorismo.

Por otra parte, la criminalidad organizada necesita del poder político para asegurar la impunidad de sus servidores y para aumentar su capacidad de influencia en la sociedad. Muchos países han visto comprometidos en los últimos años su propio poder político. Casos como la Italia de la democracia cristiana de los años 80 o el Gobierno de Fujimori en Perú son dos evidentes muestras del poder corruptor del dinero procedente del crimen organizado, en que todas las esferas sociales, económicas y políticas se encuentran contaminadas. Y existen otros muchos ejemplos de influencia de la economía criminal en otros países. Puede afirmarse que las conductas de corrupción han invadido la actual economía globalizada limitando su eficacia y competitividad y contaminando el sistema financiero mediante la utilización de sus circuitos para disfrutar de sus inmensos beneficios. Pero, con ser esto grave, todavía lo es más que se estén socavando los principios básicos de los regímenes democráticos pues, al disminuir la confianza de los ciudadanos en sus instituciones, que esta delincuencia pone a su servicio, termina por resultar dañado el propio Estado de Derecho. El problema de la corrupción alcanza dimensiones muy profundas en la sociedad española actual manifestándose a través de lo que algunos autores han denominado el «síndrome general de apatía y desafección políticas», que puede afectar negativamente a la calidad de la democracia produciendo una deslegitimación de sus instituciones.

Con todo, quizá lo más característico de la moderna corrupción es que las figuras delictivas ligadas a la corrupción presentan cada vez más importantes vínculos con otras formas de delincuencia como el fraude

fiscal a gran escala o el blanqueo de capitales, lo que impide abordar el problema de la corrupción como una cuestión exclusivamente local para ser asumido como un problema global.

Todas estas características de la moderna corrupción deben ser tenidas en cuenta si pretendemos mejorar la eficacia en combatirla. Si bien el presente trabajo solo pretende repasar algunos de los instrumentos en la fase de descubrimiento e investigación de la corrupción y los principales obstáculos y carencias detectadas a lo largo de mi experiencia como Fiscal anticorrupción durante casi veinte años, no puedo dejar de referirme, más brevemente, a las necesidades de mejora en el marco preventivo y represivo de estas conductas.

II. Prevención de la corrupción

La creación o el perfeccionamiento de los instrumentos específicos de investigación y represión de la corrupción resultarían inútiles si no se produjera paralelamente una radical mejora en el ámbito preventivo. En este terreno es mucho lo que queda por hacer en España. Negada o infravalorada la corrupción durante décadas por nuestros responsables políticos tuvimos que padecer una grave crisis económica, especialmente virulenta entre los años 2011 y 2013 y todavía presente en nuestras vidas, para que el Parlamento español aprobara una serie de leyes dirigidas a reformar determinados sectores económicos, a luchar contra el fraude y a mejorar la transparencia de la información y las normas de buen gobierno, especialmente en el ámbito público, con el objetivo último de regenerar una confianza en las instituciones democráticas y en quienes las sirven que buena parte de los ciudadanos españoles parece haber perdido. En este marco nacen, entre otras, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, la LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica el Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social y, sobre todo, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

En buena medida el implícito reconocimiento de las deficiencias detectadas en la gestión de los fondos públicos se encuentra detrás de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. La ley, conforme a su Preámbulo tiene

«un triple alcance: incrementa y refuerza la transparencia en la actividad pública —que se articula a través de obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas—, reconoce y garantiza el acceso a la información —regulado como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo— y establece las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento —lo que se convierte en una exigencia de responsabilidad para todos los que desarrollan actividades de relevancia pública—.» En materia de buen gobierno, que para el muy optimista legislador «supone un avance de extraordinaria importancia», se establece en los artículos 27 a 30 un régimen de infracciones y sanciones en casos de conflicto de intereses, de gestión económico-presupuestaria y de infracciones disciplinarias, que cuando son muy graves conllevan, entre otras sanciones, la destitución del cargo y la inhabilitación para ocupar puesto de alto cargo o asimilado durante un periodo de entre cinco y diez años (artículo 30.3 y 4). La Ley 19/2013 ordena que «Cuando las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, la Administración pondrá los hechos en conocimiento del Fiscal General del Estado y se abstendrá de seguir el procedimiento mientras la autoridad judicial no dicte una resolución que ponga fin al proceso penal» (artículo 30.6).

No puede negarse que la Ley de Transparencia representa un avance en la prevención de la corrupción si bien insuficiente, fundamentalmente porque no cuenta con las necesarias garantías de independencia de su mecanismo de control —la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno, cuyo Presidente es nombrado por el Gobierno—, como se ha encargado de recordar la Comisión Europea en su informe de 3 de febrero de 2014. Este documento reclama a España la adopción de una serie de medidas para combatir la corrupción entre las que destacan las referidas a reforzar los mecanismos de control de las administraciones regionales y locales, los sistemas de contratación pública y, de manera especial, las dirigidas a conseguir una mayor vigilancia de la financiación de los partidos políticos para detectar irregularidades, reforzando su régimen de sanciones. El Reglamento (UE, Euratom) n.º 1141/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014, sobre el estatuto y la financiación de los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas (Diario Oficial de la UE de 4/11/2014) marca el camino al legislador español al regular la transparencia de la financiación de los partidos políticos europeos con el fin de evitar posibles abusos de las normas de financiación.

Por su parte, Transparencia Internacional publica el 3 de noviembre de 2014 un documento en el que apremia a los partidos políticos

a adoptar una actitud mucho más firme contra la corrupción y a tomar medidas inmediatas que ayuden a atenuar el evidente nivel de indignación ciudadana, proponiendo 20 medidas «efectivas y urgentes» para poner freno a la corrupción, entre ellas la publicación de las cuentas de los partidos políticos en internet y la información sobre los préstamos recibidos, la despolitización del Tribunal de Cuentas y del Consejo del Poder Judicial o la prohibición de indultar a los condenados por corrupción. El 11 de abril de 2014 «Transparencia Internacional» ya había presentado los «Principios de transparencia y prevención de la corrupción para las empresas», un decálogo que recomienda, entre otras medidas, la necesidad de establecer programas de cumplimiento normativo, de incrementar los deberes de información pública sobre contratación y subvenciones recibidas o las retribuciones de los directivos.

La puesta en funcionamiento de solo una parte de las medidas propuestas tanto por la Comisión Europea como por Transparencia Internacional, en cuyo detalle no podemos entrar, supondría un avance muy significativo en la prevención de la corrupción.

III. Represión de la corrupción

En los últimos años hemos venido contemplando cómo el legislador le ha ido perdiendo el respeto al Código Penal con permanentes reformas, dañando esa necesaria estabilidad propia de un Derecho que se rige por el principio de intervención mínima. Por el contrario, parece que se pretende un Derecho penal que solucione cuestiones ajenas a su esfera propia y donde el legislador, sin duda para evitar la existencia de lagunas punitivas en una materia en la que el reproche social es cada vez mayor, emplea una y otra vez la deficiente técnica legislativa consistente en acumular descripciones típicas en gran parte coincidentes, provocando una difícil coexistencia entre conductas de características similares y cuyo deslinde no resulta sencillo. Otros preceptos parecen incorporados al Código Penal más como expresión del llamado uso simbólico del Derecho punitivo que con una verdadera pretensión de ser aplicados, como la corrupción entre particulares (art. 286 bis) o el delito de falsificación de cuentas públicas (art. 433 bis).

Si la incorporación de nuevas conductas típicas —a mi juicio— no ha mejorado por regla general la lucha contra la corrupción, el aumento de las penas, siempre aplaudido desde amplios sectores políticos y sociales, tampoco parece ser la solución. Al margen de algunos supuestos concretos en los que podría valorarse tal incremento, una penalidad exagerada puede producir en la práctica un efecto contra-

rio al deseado en forma de absoluciones producidas por el vértigo del juzgador ante tales eventuales abismos penológicos. Como se ha repetido tantas veces, mucho más importante que la cuantía de la pena es la efectividad de su cumplimiento que evite, por ejemplo, esas clasificaciones prematuras en tercer grado que tanto abundan en delitos económicos y de corrupción y que dañan la prevención general, al minimizar condenas graves vaciándolas de contenido e impidiendo la restauración de la confianza social en el Ordenamiento jurídico y también la prevención especial, porque despoja el tratamiento del interno del rotundo mensaje de desvalor que la pena comporta.

Sentado lo anterior, sí me parece imprescindible introducir en el Código Penal español dos nuevos delitos que no se incluyen en el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal de 2013, actualmente en tramitación parlamentaria. Se trata del delito de financiación ilegal de partidos políticos, muchas veces anunciado por el Gobierno pero nunca incorporado a Proyecto alguno y, sobre todo, el delito de enriquecimiento ilícito que contempla la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción hecha en Nueva York el 31-10-2003 y ratificada por España (BOE 19/6/2006)³. Incorporada esta última conducta a distintas legislaciones tanto sudamericanas como europeas, no parece que los políticos españoles se muestren muy interesados en castigar al funcionario público que presente un incremento significativo en su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él. Resulta llamativo que este delito brille siempre por su ausencia en los numerosos borradores, anteproyectos y proyectos de reforma del Código Penal que hemos venido conociendo en los últimos años. Lamentablemente, pues se trata de una herramienta que permitiría sancionar conductas de corrupción que hoy solo parcialmente el insuficiente e inapropiado recurso al delito fiscal puede corregir. Es una evidencia para cualquiera que haya perseguido recientemente delitos de corrupción que los delincuentes ya no actúan como lo hacían décadas atrás. Algunas de las razones se han expuesto al comienzo, comunes a otras formas de delincuencia económica organizada. En materia de corrupción política, tal y como siguen diseñados los delitos de cohecho, su acreditación resulta extraordinariamente

³ Artículo 20. «Enriquecimiento ilícito. Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él».

compleja en la medida en que resulta necesario vincular un pago a un contrato o a una determinada contraprestación. Si en el pasado era habitual que la corrupción se mostrara de esta forma⁴ hoy en día, por lo general, los pagos no aparecen necesariamente vinculados con adjudicaciones concretas y si sucede de esta manera, como en el caso de la corrupción en las transacciones comerciales internacionales, se establecen complejos mecanismos de ocultación para el pago y para el cobro de las dádivas. Algunos recientes y bien conocidos casos de políticos españoles enriquecidos muy por encima de sus recursos legales y que, sin explicar satisfactoriamente tales incrementos, resultaron finalmente castigados, en el mejor de los casos, por fraude fiscal son buen ejemplo de la necesidad de incorporar al Código Penal el mencionado delito.

Otra posible reforma del Código Penal susceptible de mejorar la lucha contra la corrupción sería la tipificación del delito de mala gestión de fondos públicos. Resulta evidente que el artículo 433 bis, a diferencia de lo que en su día anunció el Gobierno, no castiga esta conducta y sí la falsedad contable pública. Cabe pensar que esta mala gestión se materialice en falsear la situación económica de una entidad pública pero, en todo caso, se trataría solo de una conducta entre las numerosas de mala gestión que se pueden cometer sin falsear las cuentas.

Cuestión distinta es si esta mala gestión merece el reproche penal. El principio de intervención mínima, que determina que el recurso a la pena solo se legitima cuando se revelen ineficaces los demás medios de tutela y sanción con que cuenta un Estado de Derecho y solo ante los ataques más intensos a los bienes jurídicos fundamentales para el individuo y la sociedad, puede esgrimirse tanto a favor como en contra de la expresa punición de la gestión desleal de fondos públicos pues, en definitiva, se trata de un principio de política criminal cuya aplicación suele ser discutible, en tanto que la realidad social a la que debe adecuarse el Derecho Penal incorporando nuevas formas de criminalidad no es percibida del mismo modo por todos los ciudadanos.

Puede argumentarse que si los administradores de las empresas privadas —y también de las sociedades mercantiles estatales, comprendidas en el artículo 297 CP— son responsables por contraer obligaciones a cargo de éstas que les ocasionen un perjuicio económico (artículo 295 CP), con mucho mayor motivo deberían serlo los gestores públicos, cuyos deberes de transparencia y ejemplaridad son superiores.

⁴ Baste recordar que quien fuera Director General de la Guardia Civil, Luis Roldán, cobraba a las empresas constructoras de los Cuarteles de la Guardia Civil exactamente el 5%, IVA excluido, del importe de la adjudicación (STS 1.493/1999, de 21-12).

Ciertamente, algunas de las más graves conductas de ilícita administración de bienes públicos que ocasionan un daño patrimonial ya son objeto de sanción penal entre los delitos de prevaricación (artículo 404 CP), cohecho (artículos 419 y ss.), malversación (artículos 432 y ss.) y fraudes y exacciones ilegales (artículo 436 CP). Sin embargo otros comportamientos encuadrables estrictamente en la mala gestión pública, como los compromisos de gastos, el reconocimiento de obligaciones y ordenación de pagos sin crédito suficiente para realizarlos o la realización de operaciones de crédito y emisiones de deudas que no cuenten con la preceptiva autorización, no son en sí mismos objeto de sanción. En principio, estas conductas deberían ser corregidas mediante el adecuado control administrativo, sin necesidad de activar el reproche penal, mas lo cierto es que ni los controles internos (IGAE) ni los externos (Tribunal de Cuentas, Parlamento) han resultado del todo eficaces, lo que por otra parte no justifica en sí misma la intervención del Derecho Penal sino antes bien la mejora de tales procedimientos de control.

IV. La investigación de la corrupción

En la investigación de la corrupción existe un amplio margen de mejora para acercarse a la exigible eficacia que demanda la sociedad en la persecución de estos delitos. Algunas carencias me parecen relevantes. En primer lugar, los cauces de detección de la corrupción son insuficientes: se deben perfeccionar los existentes y establecer otros nuevos. En segundo lugar, sería conveniente desarrollar normas y procedimientos que permitan mejorar el flujo de información entre las instituciones y organismos encargados directa o indirectamente de la persecución de la corrupción. Finalmente, un nuevo marco procesal resulta ya inaplazable para enfrentarse con ciertas garantías de éxito a la criminalidad económica organizada, relacionada o no con la corrupción.

1. *Los cauces de detección de la corrupción*

La corrupción y la delincuencia económica en general se discubren de ordinario por los organismos competentes para la persecución del delito, del fraude fiscal o la prevención del blanqueo, esto es, las correspondientes Unidades especializadas de la Policía y de la Guardia Civil, la Agencia Tributaria y el Servicio Ejecutivo de la Comi-

sión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC). Ocasionalmente, otros organismos no directamente relacionados con la investigación de la delincuencia económica descubren posibles delitos públicos y, en cumplimiento de la obligación genérica del artículo 262 LECr o de las específicas que le impone su normativa propia, lo ponen en conocimiento del Ministerio Fiscal. Entre estos, destaca el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), el Tribunal de Cuentas o la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE). Sin embargo, en otras ocasiones la corrupción se revela por vías menos habituales o sencillamente sin que exista un cauce adecuado para canalizar la denuncia. Me interesa referirme a estas otras vías que pueden resultar especialmente idóneas para potenciar las denuncias por corrupción.

a) LA COLABORACIÓN DE LAS PERSONAS QUE HAN PARTICIPADO EN EL DELITO

Es necesario establecer legalmente algún tipo de ventaja o incentivo para conseguir que personas que han intervenido en el delito, a veces con un papel secundario, lo pongan en conocimiento de las autoridades competentes. De otro modo no podemos confiar en que se produzca una denuncia que necesariamente implica el reconocimiento de la comisión de un delito de por parte del propio denunciante. En este punto la regulación española resulta, a mi juicio, insuficiente.

En el capítulo V del cohecho, dentro del Título XIX «De los delitos contra la Administración Pública» del Libro II del Código Penal, el artículo 426 CP constituye una muestra del principio de oportunidad reglada al establecer la exención de la pena para el particular que ocasionalmente haya accedido a la solicitud de dádiva por parte del funcionario, lo que indudablemente persigue favorecer las denuncias de corrupción, incentivando la colaboración. Sin embargo, hace depender nada menos que la exención de la pena de una simple denuncia, sin exigir ninguna forma de colaboración activa, facilitando pruebas para la eficaz persecución del delito. A pesar de eso apenas se ha aplicado, quizá en parte por los problemas interpretativos que generan algunos de sus términos («ocasionalmente», «procedimiento») pero pienso que sobre todo por el escaso plazo previsto para la denuncia, dos meses tras la reforma del Código Penal introducida por la LO 5/2010 y tan solo diez días con anterioridad a dicha reforma. Además, esta previsión no es aplicable a otros delitos contra la Administración Pública y tampoco a la corrupción privada. Sería por ello positivo que se regulara respecto a todos estos delitos alguna forma de colabora-

ción activa de manera que la aportación de unas pruebas que de otro modo van a ser difíciles de obtener permitiera la exención o al menos la rebaja de la pena, tal y como ha hecho la citada reforma con el art. 570 quater respecto a las organizaciones criminales o como ya existía antes en el art. 376 en relación con el narcotráfico.

A falta de tales previsiones solo cabe acudir a las atenuantes del artículo 21 CP: la 4.^a (confesión), la 5.^a (reparación del daño) y la atenuante analógica (7.^a) que permite valorar la colaboración en la investigación, aportando pruebas, circunstancia que específicamente solo está prevista como atenuante para las personas jurídicas en el artículo 31 bis 4, b CP.

En todo caso, creo que la potenciación del principio de oportunidad es una de las cuestiones en las que se podría avanzar más, otorgando al Ministerio Fiscal facultades derivadas de dicho principio para, ofreciendo bajo determinados presupuestos y límites a su ejercicio medidas alternativas al imputado, no perseguir el delito generalmente menos grave o leve, bien a través del instituto de la conformidad, bien a través de la llamada «negociación sobre la declaración de culpabilidad». La conformidad o ciertas previsiones específicas del Código Penal, como las comentadas circunstancias atenuantes o la exigencia de determinados requisitos de perseguibilidad, son a mi modo de ver manifestaciones claramente insuficientes del principio de oportunidad.

b) LOS CANALES DE DENUNCIA DE LOS INCUMPLIMIENTOS INTERNOS

Quienes no han participado en el delito de corrupción pero han tenido conocimiento de su preparación o comisión por su proximidad al delincuente tampoco suelen denunciar en España. Por diferentes razones. Por ejemplo, el licitante preterido frente a un competidor que ha pagado el soborno para conseguir una determinada adjudicación pública raramente denuncia la situación de corrupción, bien por desconfianza en la justicia, bien porque pueda no interesarle de cara al futuro al confiar en una suerte de «rotación en el soborno», bien por evitar quedar de alguna manera estigmatizado al romper ciertos códigos de silencio que amparan estas conductas. En otras ocasiones, el delito se ha cometido en el ámbito empresarial en el que trabaja el posible denunciante. En estos casos la inexistencia de una regulación protectora específica hace muy difícil confiar en una denuncia por parte de quien probablemente va a sufrir represalias en forma de *mobbing* laboral o incluso de un posible despido, aunque en principio las disposiciones generales de la legislación laboral en materia de despido improcedente

y trato discriminatorio de los trabajadores son también aplicables a los denunciantes⁵.

La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción en su artículo 33 establece que cada Estado Parte «considerará la posibilidad de incorporar en su ordenamiento jurídico interno medidas apropiadas para proporcionar protección contra todo trato injustificado a las personas que denuncien ante las autoridades competentes, de buena fe y con motivos razonables, cualesquiera hechos relacionados con delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.»

España no ha atendido esta recomendación que también hace Transparencia Internacional en el decálogo antes mencionado donde se incluye la «implementación de canales de denuncias para la comunicación de posibles incumplimientos de las normas internas de la empresa y/o de las normas legales» y se refiere expresamente a la figura del *whistleblower*. En su documento publicado el 3 de noviembre de 2014, esta ONG también incluye la protección del denunciante de la corrupción entre las 20 medidas «efectivas y urgentes» para poner freno a la corrupción. Por su parte, la Comisión Europea, en el ya citado informe de 3 de febrero de 2014 recuerda que «España no dispone de normas específicas que protejan a los denunciantes y las reformas legislativas previstas no llegan aún a establecer mecanismos de protección eficaces.» No podemos estar más de acuerdo a la vista de la muy insuficiente LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales.

Igualmente consciente de las deficiencias de la normativa española, la OCDE en su Informe de 8-1-2013 sobre cumplimiento en España del Convenio OCDE de corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales recomienda el fomento de la figura del *whistleblower* o empleado que denuncia una actividad ilícita de la empresa en la que trabaja.

Creo que España no debería demorar más una regulación adecuada de protección del denunciante, aproximándonos a otros países como EE.UU. donde desde hace años existe una amplia norma-

⁵ Un trabajador que denunciara el incumplimiento de la normativa laboral a los medios de comunicación y fuera despedido, podría ser declarado procedente el despido por incumplimiento de la buena fe que preside la relación laboral si no denunció tal incumplimiento primero a la empresa. No sería el caso de que la denuncia la formulara ante la Inspección de Trabajo pues en tal caso entraría en juego la garantía de indemnidad del artículo 24.1 CE que protege a los trabajadores frente a las represalias del empresario por el ejercicio de las acciones, tanto judiciales como prejudiciales para la defensa de sus derechos, conforme reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS, Sala 4.ª de 11/11/2013 y 14/5/2014).

tiva de protección del *whistleblower* en las *Federal Whistleblower laws and regulations*⁶, organismos como el *National Whistleblower Center*⁷ o programas de protección de denunciantes como el *Whistleblower Protection Program*⁸. Además, en numerosas oficinas públicas y privadas estadounidenses existen estatutos del *whistleblower* y programas de protección que animan a los empleados a informar sobre incumplimientos varios. Concretamente en materias relacionadas con la delincuencia económica o financiera, existe la oficina del *whistleblower* en la *Securities and Exchange Commission (SEC)* o en el *Department of Justice (DOJ)* que incluso paga una cantidad al ciudadano que denuncia y facilita información relevante, como también hace la *Internal Revenue Service (IRS)* a quien identifica a un defraudador de impuestos, manteniéndose en todo caso su anonimato.

En materia de corrupción deportiva (artículo 286 bis 4 CP), donde la *omertá* que impide el afloramiento de conductas que desvirtúan la competición parece particularmente intensa, la protección del denunciante sería especialmente deseable. Así lo ha entendido la Unión Europea de Fútbol Asociación (UEFA) al crear la UEFA INTEGRITY PLATFORM que dispone de un teléfono internacional gratuito y de una página web para denunciar posibles amaños de partidos con total garantía de confidencialidad pues el sistema protege el anonimato de las llamadas e imposibilita acceder al IP del ordenador que remite la información.

c) LA DENUNCIA ANÓNIMA

En España, a falta de los adecuados canales, el temeroso denunciante se oculta tras una figura conocida desde siempre y proscrita en nuestras más vetustas leyes, como la Novísima Recopilación o la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872: la denuncia anónima. Está claro que la denuncia anónima no es en sentido jurídico formal una denuncia pues incumple las exigencias del artículo 266 LECr, de tal modo que, cuando la denuncia constituya un requisito de perseguibilidad impuesto por determinados tipos delictivos, no podrá considerarse que

⁶ Entre ellas la *Whistleblower Protection Act*, de 1989, ley federal que protege a los *whistleblowers* que trabajan para el Gobierno o su Agencias, excluidas naturalmente, las Agencias de Inteligencia (FBI, CIA,...).

⁷ Organización sin ánimo de lucro fundada por abogados en 1989 para representar y asistir a *whistleblowers* ante los Tribunales en casos relevantes.

⁸ Del Departamento de Trabajo (US Department of Labour) en materia de seguridad en el trabajo.

el anónimo en que se contiene la denuncia cumple dicho requisito. Y es lógico que la denuncia anónima carezca de idoneidad formal, en nuestro ordenamiento jurídico y en todo el Derecho Procesal Penal moderno, no solo por el rechazo que produce una actividad tan poco cívica sino, sobre todo, por la escasa fiabilidad de los datos que pueda aportar, ya que la delación suele ocultar venganzas, envidias y, en general, sentimientos más relacionados con el deseo de descalificar pública e impunemente al denunciado que con el impulso de perseguir actos punibles. Pero el mero hecho de no aparecer identificado el denunciante no permite al Juez ni al Fiscal desentenderse sin más de la denuncia anónima. Debe recordarse en este sentido que el artículo 269 LECr solo excluye la obligación del Juez de comprobar el hecho denunciado en los supuestos de que «éste no revistiere carácter de delito» o «que la denuncia fuere manifiestamente falsa».

El valor de la denuncia anónima como *notitia criminis* ha sido reconocido por la Fiscalía General del Estado en la Instrucción 3/1993 y por la jurisprudencia⁹. La cuestión debe plantearse pues en el ámbito de la proporcionalidad y la prudencia en la comprobación de la veracidad de los datos contenidos en la mal llamada denuncia. El principio de proporcionalidad será el que determine, en cada caso concreto, atendiendo a la gravedad y transcendencia de lo comunicado, las medidas a adoptar, valorando la verosimilitud de los datos y los posibles perjuicios que la investigación pueda causar a las personas.

d) LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Históricamente, los medios de comunicación han jugado un papel relevante en la denuncia de la corrupción y algunos sonoros casos de delincuencia económica o de corrupción vividos en nuestro país se iniciaron tras informaciones periodísticas (Roldán, Alierta, BBV Privanza...). Corresponde al órgano judicial o al Ministerio Fiscal valorar la credibilidad de una determinada información periodística pues tanto uno como el otro pueden incoar de oficio un procedimiento o abrir unas diligencias de investigación de conformidad con lo dispuesto en los artículos 303 y 773.3 LECr, respectivamente.

⁹ La STS 1825/2013, de 11 de abril exige un «juicio de ponderación reforzado, en el que su destinatario valore su verosimilitud, credibilidad y suficiencia para la incoación del proceso penal». La STS 1881/2000, 7 de diciembre reconoce que la denuncia anónima «carece de virtualidad absoluta como prueba de cargo».

Como sucede con la denuncia anónima son la proporcionalidad y la prudencia las que deben presidir las actuaciones del investigador. Y la comparación es oportuna porque, si bien la información periodística aparece firmada, el Fiscal o el Instructor a la vista de la información publicada que ha dado origen a unas diligencias o a un procedimiento penal, precisará normalmente conocer todos los detalles de esa investigación: cómo, cuándo, dónde y de quién se ha obtenido la información. Y ello tanto para valorar la legalidad de la documentación en su caso aportada como para establecer la credibilidad de la información y, en su caso, citar a la fuente de la misma. En este punto, la barrera infranqueable a la que se enfrentan jueces y fiscales es la negativa a revelar las fuentes por parte de estos profesionales. En realidad el artículo 20.d) de la Constitución, que reconoce el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, no contempla como sujetos específicos a los profesionales de la información. No obstante, el legislador constituyente remitió al ordinario la regulación de algunos de los elementos típicos de un estatuto profesional de los periodistas: la cláusula de conciencia y el secreto profesional.

Nuestra jurisprudencia constitucional ha precisado que aunque los periodistas no tienen en este campo privilegio alguno frente a los derechos del resto de los ciudadanos, el ejercicio de su derecho sí goza de cierta preferencia, en virtud de la función que cumple en ejercicio del deber de información constitucionalmente garantizado. La otra cara de este derecho se encuentra en la también asentada jurisprudencia que interpreta el requisito de veracidad de las informaciones como un deber de diligencia profesional. Pues bien, en tanto no se promulgue un Estatuto del Periodista Profesional que, entre otras cosas, garantice la independencia de los informadores desarrollando el secreto profesional, la cuestión es si se puede compeler a un periodista a declarar para que revele su fuente. Parece evidente que cuando el periodista sea citado como imputado podrá negarse a revelar su fuente, no por el ejercicio de la libertad de prensa, sino porque se ve amparado por su derecho constitucional a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Ahora bien, cuando el periodista declara como testigo, el artículo 716 LECr establece que el testigo que se niegue a declarar incurrirá en la multa de 200 a 5.000 euros, que se impondrá en el acto y que, si a pesar de esto persiste en su negativa, se procederá contra él como autor del delito de desobediencia grave a la autoridad. Sin embargo, este precepto no se ha aplicado a los periodistas, entendiéndose la mayoría de la doctrina que bajo ninguna condición puede obligarse a un periodista a reve-

lar su fuente¹⁰. En la práctica forense española, periódicamente y con ocasión de ciertos delitos de especial trascendencia mediática, se viene reproduciendo esta polémica con idéntico resultado infructuoso¹¹.

e) OTRAS VÍAS DE CONOCIMIENTO DE LA CORRUPCIÓN

Las vías de conocimiento de información relevante sobre corrupción en la sociedad actual, definida frecuentemente como de la información o global, son incontables. Especial atención debe prestar el investigador a las Agencias y Observadores Internacionales, a las Organizaciones Globales (OCDE) o financieras mundiales (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional) y, desde luego, a toda la información que suministra internet, las *websites* o las redes sociales. Ninguna vía de conocimiento de la corrupción debe ser despreciada.

2. La cooperación institucional

Debe partirse de que la respuesta a una delincuencia que bien en su ejecución bien en la ocultación del producto del delito es siempre transnacional va a exigir invariablemente acudir a la cooperación judicial internacional que deviene absolutamente necesaria en varias fases del procedimiento, entre ellas y de manera especial en la de investigación. La mejora de los mecanismos de cooperación internacional es por ello una exigencia para la comunidad internacional, que ha hecho significativos esfuerzos en este terreno durante los últimos años, especialmente en el ámbito de la Unión Europea, con la consagración y extensión del principio de reconocimiento mutuo de las resolucio-

¹⁰ El catedrático de derecho penal Joan Queralt de forma contundente afirma que «la Constitución prohíbe expresamente» que «se fuerce a revelar sus fuentes» a un periodista. Lo contrario puede ser constitutivo de un «apremio ilegítimo». «Y no hay excepción», añade, «ni en estado de sitio o de excepción». «Bajo ninguna condición». En el mismo sentido, el ex Magistrado del Tribunal Constitucional, Rafael de Mendizábal, incide en que el secreto profesional del periodista, tal como figura en el artículo 20 de la Constitución, «es un derecho absoluto» y puede alegarse «sea cual sea» el delito y la posición procesal del periodista, a quien «le cubre en todo momento». «Lo mismo que se le exige veracidad» al periodista —continúa— también «se le protege para que no esté obligado a desvelar la fuente y pueda blindarse ante cualquier intento por revelarla». También el catedrático de Derecho Penal Esteban Mestre o el magistrado Ayala García consideran que el periodista «no puede ser forzado» a revelar sus fuentes.

¹¹ Sobre esta cuestión véase Ana María Ovejero Puente (coord.): *La presunción de inocencia y los juicios paralelos*. Fundación Fernando Pombo y Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2012. Pág. 86.

nes judiciales, una auténtica revolución en las relaciones de cooperación europeas¹². También es cierto, y no voy a extenderme en ello por ser sobradamente conocido, que, junto a estos avances se mantienen los habituales obstáculos que representan la pervivencia de los llamados paraísos fiscales o territorios no cooperantes a los que indefectiblemente siempre se dirigen los fondos procedentes de la corrupción. Bien es cierto que la presión de algunos países y organizaciones internacionales como el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) han determinado que la respuesta de estos territorios ante una solicitud de asistencia judicial, a diferencia de lo que sucedía hace una década, no sea ya la negativa rotunda a cooperar o a facilitar información pero también lo es que esta respuesta sigue siendo, en el mejor de los casos, lenta, incompleta y plagada de obstáculos.

Al menos tanta atención como a la cooperación internacional debe dedicarse a la cooperación interna, esto es, al desarrollo y mejora de los deberes y procedimientos de colaboración entre diversas instituciones y organismos españoles que disponen de una información muy valiosa pero que se encuentra siempre fragmentada y requiere ser compartida para descubrir, primero, y perseguir, después, estas conductas delictivas¹³.

En el vértice de la cooperación judicial se encuentra sin duda la AEAT, única institución que atribuye a sus funcionarios un concreto deber de colaboración que, en la fase de investigación, se extiende a la remisión de expedientes a la jurisdicción competente o al Ministerio Fiscal, la cesión de datos contenidos en las bases de datos tributarias, la investigación patrimonial por encomienda de la autoridad judicial, la intervención en las diligencias de entrada y registro, al auxilio judicial y la elaboración de periciales económicas. Recordemos que la elaboración de informes periciales es la forma en la que los organismos públicos, generalmente la AEAT, prestan una colaboración más intensa, y pro-

¹² En espera de que se apruebe la Ley de reconocimiento mutuo que deberá incorporar a nuestro ordenamiento jurídico diversas Decisiones Marco aprobadas en aplicación de este principio, inaugurado con la DM 2002/584/ JAI de 1.6.2002, sobre la orden europea de detención y entrega, incorporada a nuestro ordenamiento en la Ley 3/2003, se ha publicado la LO 6/2014 de 29 de octubre, complementaria de la Ley de reconocimiento mutuo y que modifica determinados preceptos de la LOPJ.

¹³ En España, el fundamento de los deberes de colaboración con la Administración de Justicia reside en la Constitución, cuyo artículo 118 establece la obligación de prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto. Se trata de un deber constitucional no absoluto o de configuración legal y que se desarrolla en el artículo 17.1 LOPJ y en el 473 del mismo cuerpo legal y que prevé la posibilidad de que funcionarios de otras Administraciones presten servicios en la Administración de Justicia, con carácter ocasional o permanente.

bablemente más relevante, a los Juzgados y Tribunales, resultando indiscutible que tales informes, tras ser sometidos a contradicción en el juicio oral, van a constituir uno de los elementos de prueba más decisivos en los delitos económicos. Hasta el punto de que, en la mayoría de los casos, difícilmente podría lograrse sin ellos la convicción del Juzgador, puesto que «la aportación de un ingente cúmulo de documentos contables a un proceso penal como prueba documental, sin criterio selectivo alguno, carece de utilidad al no constituir función del Tribunal [analizar] de modo minucioso el conjunto documental...»¹⁴.

Pero junto a la Agencia Tributaria, debe conocerse el papel que pueden desempeñar en la lucha contra la corrupción y otras formas de delincuencia económica, en sus respectivos ámbitos competenciales, el Banco de España, la CNMV, la IGAE o el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), entre otros. Estos organismos, bien facilitando información bien proporcionando alguno de sus funcionarios para que desempeñe tareas de auxilio judicial, brindan una colaboración que en todo caso podría ser mucho más frecuente de no presentar todos ellos serias limitaciones de personal para atender los numerosos requerimientos de los órganos judiciales. Hay que reconocer que parte del retraso en la conclusión de algunas causas especialmente complejas se debe a la excesiva duración en la elaboración de estos informes motivada a su vez por el insuficiente número de funcionarios designados, a veces sin un régimen de dedicación exclusiva. Otras instituciones y organismos como el Tribunal de Cuentas, el SEPBLAC, el Consejo General del Notariado y su Organismo Centralizado de Prevención (OCP) o la Tesorería General de la Seguridad Social también proporcionan habitualmente información relevante en investigaciones por corrupción. El cuadro de la cooperación institucional se completa con la imprescindible información bancaria y financiera que en cumplimiento de sus deberes de colaboración facilitan las entidades de crédito a la autoridad judicial y el Ministerio Fiscal, la Administración Tributaria o el SEPBLAC.

De cualquier modo, la cooperación institucional puede y debe ser todavía más intensa, superando el mero cumplimiento de obligaciones formales, como la atención de requerimientos de información, para mejorar y profundizar en áreas como el intercambio espontáneo de información, la calidad y tratamiento de la misma, el análisis conjunto de operaciones, la creación de unidades de apoyo de funcionarios de unos organismos en otros o la cooperación en materia de formación,

¹⁴ STS 25-9-2000, Conde-Pumpido Tourón y, sobre la misma idea, la STS de 21-2-2006, Soriano.

de manera que se alcance un verdadero compromiso de las diferentes instituciones, organismos y profesionales que tienen posibilidades de descubrir las distintas fases de ejecución y ocultación de los delitos económicos relacionados o no con la corrupción y pueda seguir acortándose esa enorme brecha hoy abierta en favor de los delincuentes¹⁵.

Un buen exponente de la mejora en la colaboración institucional es la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, con mejoras cuyo artículo 43 crea el fichero de titularidades financieras, un instrumento que permitirá identificar las cuentas de una persona física o jurídica. Hasta la entrada en funcionamiento de dicho fichero esta información debe seguir requiriéndose a la AEAT o a un órgano tipo Banco Central o Asociación de Bancos. En España, a la Asociación Española de Banca (AEB), la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA) o la Unión Nacional de Cooperativas de Crédito (UNACC). Estas asociaciones envían la solicitud a cada una de las entidades de crédito españolas que, por su parte, remitirán luego la información, positiva o negativa, directamente al Juzgado. Este procedimiento garantiza la respuesta de la totalidad de las entidades de crédito españolas, incluidas las sucursales en España de entidades extranjeras, y permite adoptar de manera inmediata el bloqueo de la cuenta o la prohibición de disponer de sus saldos. Las limitaciones por parte de la AEAT estriban en el inevitable retraso en su obtención, que puede determinar el desconocimiento de la existencia de alguna cuenta abierta en el mismo ejercicio en el que se pide la información. En cambio, las entidades bancarias pueden tener más dificultad para localizar las cuentas canceladas de ejercicios anteriores. De ahí la utilidad que tendría este fichero de titularidades financieras y la incomprensible demora en su puesta en funcionamiento, que el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010 establece en dos años (Disposición Transitoria Primera). Adviértase que este fichero no comprenderá los movimientos o extractos de las cuentas sino tan solo «los datos identificativos de los titulares, representantes o autorizados, así como de cualesquiera otras personas con poderes de disposición, la fecha de apertura o cancelación, el tipo de cuenta o depósito y los datos identificativos de la entidad de crédito declarante» (art. 43.1 de la Ley 10/2010). Si desde hace muchos años es posible para cualquier ciudadano conocer las titulari-

¹⁵ Sobre los deberes de colaboración institucional, véase Luzón Cánovas, A.: *Delincuencia económica y cooperación institucional. Deberes y procedimientos de colaboración de las instituciones nacionales en la persecución de la criminalidad económica*. Cuadernos Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2010.

dades sociales, mobiliarias e inmobiliarias de otro, cuando de productos bancarios se trata parece que las resistencias son mayores, lo que no deja de ser tristemente significativo.

3. *Las reformas procesales*

Junto a esta necesidad de abordar desde nuevas perspectivas la investigación de la corrupción y mejorar la colaboración institucional, resulta imprescindible dotar al Estado de un marco procesal adecuado para esta nueva realidad de la criminalidad organizada. Es cierto que en los últimos años se han llevado a cabo una serie de mejoras en nuestra LECr. Entre las más recientes, la creación, mejor dicho, la previsión de creación de la Oficina de Recuperación de Activos en el artículo 367 septies LECr para localizar, conservar, administrar y realizar los efectos, bienes, instrumentos y ganancias del delito. Sin embargo, es algo asumido por la inmensa mayoría de quienes intervenimos en el proceso penal que la necesidad de una reforma procesal en profundidad es ya inaplazable pues el texto vigente resulta ineficaz para las nuevas formas de delincuencia, particularmente la organizada y la corrupción.

Partamos de la base de que es una quimera diseñar una ley procesal que sea capaz de soportar sin fisuras un proceso de tal complejidad que su tramitación dure años, con decenas de imputados, miles de víctimas, cientos de partes personadas o un número similar de comisiones rogatorias enviadas que acaba acumulando un material probatorio de centenares de miles de folios. En todo caso, más parches y reformas parciales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ya no son posibles. Debe modificarse toda la fase de investigación previa al juicio oral para equipararnos a la práctica totalidad de los países desarrollados y superar nuestro modelo inquisitivo y esa esquizofrenia procesal que para el juez instructor implica acumular material probatorio de cargo y velar al tiempo por las garantías del imputado. Haciéndose eco de este sentir general, el pasado 21 de octubre de 2014, el Presidente del CGPJ y del TS, Carlos Lesmes, declaró que la actual ley procesal «está pensada para el robagallinas, no para el gran defraudador» y se ha convertido en una gran traba en la lucha contra la corrupción.

Parece que el prelegislador lo tiene también claro y muestra de ello son el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y el Borrador de Código Procesal Penal de 2013. Abandonado el primero de estos textos con el cambio de Gobierno ese mismo año, tampoco el segundo parece camino de correr mejor suerte. La cuestión clave de la reforma procesal es la atribución al Ministerio Fiscal de la competencia para la investigación de las causas penales, suprimiendo la figura del Juez Instruc-

tor. El BCPP apuesta por esta solución que ofrece indiscutibles ventajas frente al modelo vigente pero que, a mi modo de ver, se queda a medio camino, al configurar un Fiscal investigador muy limitado en sus atribuciones. Sin entrar en el detallado estudio del texto, sí cabe mencionar que particularmente el sistema de recursos diseñado esconde una desconfianza hacia la investigación del Fiscal. Para tutelarle se atribuye al Juez de Garantías una función impropia de esta figura, al reconocerle capacidad para cuestionar la estrategia y el objeto mismo de la investigación que está llevando a cabo el Fiscal. En el fondo de la regulación late la confusión entre lo que debe ser la investigación por el Fiscal y la tradicional fase de instrucción judicial, que el nuevo modelo debería haber desterrado definitivamente. En definitiva, se ha diseñado un Código Procesal que no deja de reproducir el esquema actual de la instrucción judicial, con un cambio de protagonistas que sustituye al Fiscal por el Juez de Instrucción y al Tribunal de Apelación por el Tribunal de Garantías, por lo que tampoco resultará eficaz para combatir las más graves formas de delincuencia económica organizada y la corrupción¹⁶.

Otra reforma pendiente en materia procesal es la necesaria especialización de los órganos de instrucción y enjuiciamiento. La investigación de la corrupción cuenta con cuerpos especializados tanto en la Policía y la Guardia Civil como en la Agencia Tributaria y la Fiscalía (Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada con sus correspondientes Unidades de apoyo de la Policía, Guardia Civil, AEAT e IGAE) pero al llegar a la fase de instrucción y, sobre todo, de enjuiciamiento esa especialización se quiebra. En 2003 se crean los Juzgados de lo Mercantil, en 2004 los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Sin embargo hasta la fecha no se ha llevado al Parlamento proyecto alguno en la dirección de crear un órgano especializado en la instrucción y enjuiciamiento de unas conductas que se investigan en procedimientos de extraordinaria complejidad y trascendencia política, económica y social. Téngase en cuenta que lo más parecido a un órgano especializado, como es la Audiencia Nacional, no lo es en puridad, ni por su régimen de acceso ni por sus competencias, entre las que el artículo 65 LOPJ deja fuera numerosos delitos de contenido económico y todos los comprendidos en el Título XIX del Libro II del Código Penal, Delitos contra la Administración de Justicia.

¹⁶ Como observa Adán del Río, C., «Se adelantan y exacerban los controles en unas fases preliminares y frente a un modelo de investigación que no crea prueba». «La instrucción por el Ministerio Fiscal y el Tribunal de Garantías», en *Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 10, *Algunas cuestiones relativas a las reformas del derecho penal y procesal penal*. 2014.

Aproximación a las necesidades de reforma legal en relación con la respuesta penal a la corrupción política¹

Jacobo Dopico Gómez-Aller

Profesor Titular acreditado

Catedrático de Derecho Penal. Universidad Carlos III de Madrid

I. Introducción

1. *Corrupción sistémica*

La idea de que la corrupción política en España es a día de hoy estructural y no coyuntural no sólo deriva de su persistencia y extensión, sino de la reiteración de pautas delictivas similares y de su vertebración por todo el territorio del Estado a través de las estructuras que corren paralelas a algunos partidos políticos.

¹ Este texto recoge los primeros resultados de una investigación aún en curso; investigación que se inició en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía DER2011-28122, «Estrategias preventivas y reactivas contra la corrupción»; y ha continuado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía DER2013-46523-R, «Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada».

Buena parte de las propuestas que este texto contiene se encontraban recogidas en la intervención que realicé en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados el 24 de abril de 2014 (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* n.º 550, 2014, p. 6 y ss.). Son varios los compañeros y amigos que me han ayudado en la preparación de aquella comparecencia. De entre todos ellos quiero destacar de manera especial a Manuel Maroto Calatayud (UCLM), quien me proporcionó datos y fuentes; y que me permitió consultar un texto entonces aún inédito (Maroto, M./Ongil, M., «21 lagunas legales del nuevo sistema de financiación de partidos que está impulsando el PP», en *eldiario.es* 24.4.2014, http://www.eldiario.es/politica/practicas-seguiran-financiacion-partidos-PP_0_253025377.html, consultado 3.11.2014). En mi comparecencia asumí muchas de las atinadas propuestas críticas que contiene ese texto y, como se puede comprobar leyendo este artículo, las sigo asumiendo ahora.

2. Urgencia

Quizá haya quien esté tentado de entender que en medio de una situación de crisis económica pavorosa, con un Estado endeudado por varias generaciones (y en buena parte por la perniciosa gestión de miembros de partidos políticos incrustados en los Consejos de Administración de entidades de crédito como Cajamadrid-Bankia), la cuestión de la corrupción política es una «mera cuestión de principios», que puede o incluso debe ser postergada para atender a cuestiones prácticas más urgentes. Sin embargo, se trataría de un grave error.

La corrupción política es hoy uno de los factores más importantes de los que concurren a esta crisis económica². Cuando unas empresas que aspiran a obtener fondos públicos pueden influir sobre las administraciones a través de la financiación de los partidos políticos, el Erario Público se encuentra en un riesgo incontrolable. Ese es el riesgo que se concreta en proyectos faraónicos costeados por el Estado, en la adquisición de costosos bienes o servicios de dudosa necesidad, en presupuestos inflados, en sobrecostes millonarios, en privatizaciones con contraprestaciones muy inferiores a lo debido o en concesiones en las que se carga a la Administración con riesgos financieros que deberían corresponder a las empresas concesionarias.

Todo ello, por no mencionar el grave riesgo que supone para la estabilidad económica el hecho de que los partidos presentes en Parlamentos y Administraciones dependan financieramente de las mismas entidades crediticias sobre cuyos intereses esos Parlamentos y Administraciones deben dictar regulaciones o prestar supervisión.

² El coste económico de la corrupción es objeto de numerosos estudios en la ciencia económica moderna. Por todos, ver Tanzi, Vito; Davoodi, Hamid. «Corruption, Public Investment, and Growth», en Shibata / Ithori (eds.), *The Welfare State, Public Investment, and Growth*, Springer, 1998, pp. 41-60; Dreher, Axel; Herzfeld, Thomas. «The Economic Costs of Corruption: A Survey and New Evidence», Junio 2005 (disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=734184> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.734184>). Atiende al impacto sobre la deuda pública nacional Connolly, M. «Measuring the Effect of Corruption on Sovereign Bond Ratings», en *Journal of Economic Policy Reform* n.º 4, pp. 309-323. Trasciende la repercusión de la corrupción sobre el PIB para atender a su impacto sobre otros factores de bienestar autores como Welsch, Heinz. «The Welfare Costs of Corruption», en *Applied Economics* vol. 40 (14), 2008, pp. 1839-1849. Ensayan una cuantificación de la corrupción en España en los últimos años, con un estudio desagregado por comunidades autónomas León, C.; De León, J.; Araña, J.E., «Relación entre corrupción y satisfacción», en *Revista de Economía Aplicada*, n.º 64 (v. XXII), 2014, pp. 31-58.

Estos factores constituyen hoy, pues, un grave problema no sólo para la arquitectura institucional de la Democracia en España, sino concreta y específicamente para nuestra situación económica. Se trata de un problema tan grave y urgente que no es fácil detectar necesidades mucho más perentorias.

3. *Lo que debe cambiarse urgentemente no es tanto el Derecho penal, como la regulación extrapenal*

En el último año y medio, los grandes partidos políticos se han decidido a proponer una serie de medidas específicas contra la corrupción, en el marco de un impulso político por la regeneración democrática. Algunas de esas medidas consisten en reformas penales³.

No obstante, como a continuación se intentará exponer sucintamente, las medidas *penales* que en efecto son necesarias no son muchas. La verdadera necesidad de reforma se encuentra en el ámbito extrapenal: en el Derecho administrativo y en la Legislación sobre financiación de partidos políticos. Ni las reformas penales que se proponen, ni la regulación penal hoy vigente, pueden tener una efectividad que supere el umbral de lo testimonial si no se emprenden hondas reformas en el plano extrapenal (muchas veces, «contrarreformas», es decir: reformas consistentes en desandar el camino de descontrol y desgobierno recorrido en las últimas décadas); y si no se dota de los medios necesarios a los organismos competentes por el control y la investigación.

Por supuesto, la normativa reguladora del cohecho (como cualquier otra) puede ser susceptible de muchas mejoras. Sin embargo, en mi opinión los problemas más graves que percibimos en la actualidad en el campo de la corrupción relacionada con partidos políticos no derivan:

- ni de la falta de figuras típicas en el arsenal punitivo anticorrupción del Código Penal, que es bastante completo;
- ni de una necesidad de aumentar las penas, que son a día de hoy en su mayor parte razonables. Ya todas las figuras de co-

³ Álvarez García, F.J., «La nueva reforma penal de 2013», en *Eunomía* n.º 6, agosto de 2014, pp. 16-71, en especial pp. 39 y ss.; Ridao, Joan. «Las medidas contra la corrupción política en la X Legislatura de las Cortes Generales: ¿avanzamos de forma suficiente y eficaz?», en *Revista de Estudios Jurídicos* n.º 14/2014 (2.ª época), Universidad de Jaén.

hecho tienen pena de prisión (si bien quizá sería recomendable introducir pena de prisión para los casos de prevaricación más graves), pero no parece que tengamos un problema por penas típicas demasiado bajas⁴.

Es cierto, no obstante, que se impone un alargamiento de los plazos de prescripción, excesivamente breve para delitos que, cuando llegan a conocimiento de los jueces, llegan con gran retraso. Y es que los delitos de corrupción relacionados con los partidos políticos muestran particularidades en este punto: mientras los gobernantes (o los correligionarios que les suceden) están en el cargo, tienen amplias capacidades para ocultar o bloquear la investigación de esta clase de delitos. Pero nuevamente debe insistirse: no se debe buscar alargar la prescripción por el camino de agravar las penas de prisión y que así al concreto delito le sea aplicable un plazo más extenso, sino reformando directamente los plazos de prescripción. Si la pena es adecuada a la gravedad del hecho pero el plazo de prescripción no, refórmese únicamente aquello que necesite reforma.

Sí hay importantes problemas que requieren un abordaje urgente en algunos ámbitos, pero que exceden el ámbito de este trabajo.

- En materia de Derecho procesal sí se detecta desde hace años la necesidad de reformar en profundidad la regulación de la instrucción penal. Hablamos de un marco normativo incómodo para fiscales e instructores, sobre todo en relación con los delitos de cuello blanco o con núcleos técnicos complejos (necesidad de importantes medios humanos para la obtención y procesamiento de las pruebas, macroprocesos, prejudicialidades inversas, etc.)⁵.

Ahora bien, con concretas medidas *ad hoc* sólo se puede *parachear* algunos de los concretos aspectos de un problema amplio y complejo, que requiere una solución **global**. La reforma del

⁴ Cuestión conexas pero distintas es la sistemática rebaja por circunstancias como las *dilaciones indebidas* (atenuante que merecería un análisis más detenido que el que aquí le podría dar), el pernicioso automatismo de las suspensiones de pena privativa de libertad en estos casos, etc.: esas cuestiones merecen un tratamiento general que excede el ámbito de la corrupción.

⁵ Véase en este sentido el agudo análisis de Nieva-Fenoll, J., «Proceso penal y delitos de corrupción (Algunas bases para la reforma estructural del proceso penal)», en *InDret* 2/2013.

proceso penal es una tarea que no aguanta más dilaciones, pero que tampoco debe abordarse a golpe de titular⁶.

⁶ En este sentido, merece algún comentario la propuesta de reforma recientemente formulada por el Gobierno de limitar los plazos para la instrucción. En este sentido, se propone reformar el art. 324 LECrim en los siguientes términos:

1. Las diligencias de instrucción se practicarán durante el plazo máximo de seis meses desde la fecha del auto de incoación del sumario o de las diligencias previas.

2. Si la investigación es compleja el plazo de duración de la instrucción será de dieciocho meses, que podrá ser prolongado por igual plazo o por uno inferior por el Juzgado de Instrucción, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes. La solicitud de prórroga deberá presentarse por escrito, cuando menos, tres días antes de la expiración del plazo máximo.

3. A los efectos previstos por el apartado anterior se considerará que la investigación es compleja cuando:

- a) Recaiga sobre grupos u organizaciones criminales.
- b) Tenga por objeto numerosos hechos punibles.
- c) Involucre a gran cantidad de sujetos pasivos o víctimas.
- d) Exija la realización de pericias que impliquen el examen de abundante documentación o complicados análisis.
- e) Implique la realización de actuaciones en el extranjero.
- f) Precise de la revisión de la gestión de personas jurídico privadas o públicas.
- g) Sea un delito de terrorismo.

4. El Juzgado concluirá la instrucción cuando entienda que ha cumplido su finalidad, aun cuando el plazo no hubiere vencido.

5. Excepcionalmente, antes del transcurso de los plazos establecidos en los apartados anteriores o, en su caso, de la prórroga que hubiera sido acordada, si así lo solicita el Ministerio Fiscal por concurrir razones que lo justifique o bien de oficio, el Juzgado podrá fijar un nuevo plazo máximo para la finalización de la instrucción.

6. Transcurrido el plazo máximo o sus prórrogas, se dictará el día del vencimiento del plazo o de sus prórrogas auto de conclusión del sumario o, en el procedimiento abreviado, la resolución que proceda conforme al artículo 779, sin que puedan ser acordadas posteriormente las diligencias complementarias previstas por el artículo 780.

La medida parece partir de la idea de que las instrucciones podrían ser más cortas sin necesidad de cambiar el régimen legal de la instrucción ni de aportar más medios para su realización; y que a día de hoy está en manos de los propios instructores conseguir los mismos objetivos en un plazo más corto.

El punto de partida parece sumamente desafortunado. Cualquier conocedor del proceso penal español puede señalar varios de los problemas por los que nuestro vigente modelo permite instrucciones muy largas en delincuencia de cuello blanco. Sin abordar esos problemas no es posible agilizar la instrucción, y acortarla sólo produciría el efecto de impedir que la investigación penal alcance sus objetivos. Permitaseme la comparación: si un viaje de Madrid a Barcelona dura 7 horas en coche, para acortar la duración debe emplearse un vehículo distinto (AVE o avión). Si no se cambia el vehículo pero simplemente se ordena al conductor interrumpir el viaje a las tres horas, el coche nunca

- Tampoco entraré en detalle (pues el enfoque de este trabajo es jurídico y no de gestión pública) en una de las necesidades más acuciantes: la necesidad urgente de dotación de medios (en especial, humanos) a distintos organismos responsables del control y la investigación: dotación de medios para la labor de los interventores en el ámbito local, para el apoyo a la instrucción, etc.

Reclamar esta dotación de medios humanos va justo en la dirección contraria a la actual política de reducción de la plantilla del sector público (y, con ello, de reducción del *músculo* del Estado). Pero sin ese esfuerzo económico cualquier otra reforma carecerá de efectos reales y de credibilidad.

Tras esta primera aproximación, y descendiendo al ámbito del Derecho penal material, abordaré tres de los múltiples temas que cabría analizar en relación con la corrupción política:

- Las infracciones penales en materia de **financiación ilegal** de partidos políticos.
- La cuestión de los indultos en materia de corrupción.
- Cuestiones relativas a la corrupción en la contratación pública.

llegará a su destino. Sin cambiar la instrucción penal, la limitación de tiempos corre el riesgo de hacer fracasar las investigaciones en los delitos de cuello blanco, en los que la complejidad del acopio y la primera estimación de los indicios, la lentitud de las comisiones rogatorias, la falta de colaboración de autoridades bancarias (¡o gubernamentales!) extranjeras (¡o nacionales!), la carencia de medios de apoyo, etc. hacen simplemente *irrisoria* la pretensión de concluir una instrucción en seis meses sin una previa modificación del modelo procesal.

Especialmente problemático parece que los delitos de corrupción no estén entre los delitos de «investigación compleja» del art. 324.3, cuando la doctrina especializada ha señalado que son de los pocos en los que la instrucción no puede reducirse bajo ningún concepto (Nieva-Fenoll, «Proceso penal y delitos de corrupción», *cit.*, p. 12); y, sobre todo, que la prórroga de la instrucción deba ser solicitada por el Ministerio Fiscal (art. 324.2), pues esto equivale a que la investigación penal de los delitos cometidos por los gobiernos pueda limitarse a sólo 6 meses por decisión del Ministerio Fiscal... un órgano que opera bajo el principio de dependencia jerárquica y cuya cabeza es elegida por el propio Gobierno (art. 124.4 CE). Sin el juego de otros correctivos, esto equivale a permitir que una Autoridad nombrada por el Gobierno tenga la llave para cerrar en 6 meses una investigación penal contra miembros de dicho Gobierno o sus correligionarios por un caso de corrupción, cuando como afirma la doctrina «en estos casos de corrupción... la brevedad [de la instrucción] no es posible» (Nieva-Fenoll, *ibidem*, p.13).

II. Financiación ilegal de partidos políticos

1. Planteamiento

He afirmado que los tipos del Código Penal ofrecen una respuesta bastante completa a la corrupción. No obstante, hay algunas lagunas de punición preocupantes en materia de financiación ilegal de partidos políticos.

En efecto: existen ciertos supuestos en los que pagar sobornos a un partido político (por ejemplo, pagando a un cuadro del partido que no sea funcionario público) *no* es constitutivo de delito de cohecho (como mucho, de tráfico de influencias⁷), ya que por lo general no nos encontraremos el elemento central del delito de cohecho: un funcionario o autoridad que reciba o solicite dádiva por sí o por persona interpuesta⁸.

Por supuesto, sí hay muchos casos de financiación ilegal de partidos que constituyen supuestos de autoría o participación en delitos contra la administración pública⁹ y más específicamente delito de cohecho¹⁰ (un ejemplo claro sería el de «cohecho de funcionario en el que el tercero beneficiario es un partido político»); pero las necesidades probatorias para un condena son por lo común tan difíciles de satisfacer que resulta muy complicado conseguir una condena.

Y precisamente por ello, una de las claves del asunto es que no parece posible aplicar a estos casos la figura menos exigente en términos probatorios: el cohecho impropio. Es aquí donde la necesidad de una tipificación específica de la financiación ilegal de partidos políticos se hace más patente.

Hoy existe una demanda clara de criminalización de la financiación ilegal de partidos, pues se siente que los sistemas pre-penales de control son insuficientes (en especial, en relación con el Tribunal de Cuen-

⁷ Ver Maroto Calatayud, *Corrupción y financiación de partidos políticos...*, pp. 291 y ss.; crítico sobre el alcance de esta figura en el ámbito que no ocupa, en pp. 296 y ss.

⁸ Maroto Calatayud (*Corrupción y financiación de partidos políticos...* cit., pp. 268 y ss.) plantea la posibilidad de considerar que los partidos políticos sean considerados como entidades públicas —en la medida en que ejercen funciones públicas— y sus cuadros como funcionarios públicos. No obstante, la opinión mayoritaria es que ese ejercicio de funciones públicas no es suficiente para hablar de un delito especial de funcionarios públicos; se muestra en este sentido escéptica Olaizola Nogales, I., *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 165 y ss.

⁹ Cugat Mauri, M., *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Barcelona: Cedecs, 1997, pp. 152 y ss.

¹⁰ Ver un detallado conjunto de ejemplos con un análisis de los posibles tipos penales aplicables en Olaizola Nogales, *La financiación ilegal...*, pp. 142 y ss.

tas) y se siente la necesidad de que un tercero supraordenado —el juez penal— enjuicie las posibles infracciones.

Esto nos pone ante otra urgente reforma extrapenal: la que afecta al Tribunal de Cuentas: a su composición, a los medios con los que cuenta, a los plazos de prescripción de las infracciones de las que conoce, a la capacidad real de análisis que se le concede, etc.

Pues bien: una tipificación razonable de la financiación ilegal de los partidos políticos debe cubrir al menos dos vertientes:

- por una parte, la entrega / oferta y la recepción / solicitud de donaciones ilegales; y
- por otra parte, la falsa contabilidad (y la contabilidad B de partidos políticos).

2. Falsedades en la contabilidad de los partidos políticos.

Algunas reformas necesarias

Es de todos sabida la gran utilidad de las figuras penales de falsedades en la represión de la delincuencia de cuello blanco. Las obligaciones de documentación son elementos de control fundamentales para la prevención de fraudes y otras infracciones; asimismo, la comprobación y detección de las irregularidades documentales y los delitos de falsedades puede ser un camino para la investigación de los delitos que se esconden tras ellas.

La necesidad de un tipo de falsedades en este ámbito es evidente: de hecho, ya existe un delito de falsedad en la contabilidad de partidos políticos, propio y distinto de otros tipos generales de falsedades contables o tributarias¹¹. No obstante, pero por sus características y por la interpretación que se ha hecho de él, se trata de un precepto apenas uti-

¹¹ Por las peculiaridades del régimen tributario de los partidos políticos, el delito de falsedades contables tributarias del art. 310 tiene una utilidad práctica menor de la que podría tener, por ejemplo, en la prevención de fraudes de sociedades mercantiles (así, por ejemplo, las exenciones tributarias de las que disfrutaban los partidos hace muy difícil alcanzar las cantidades a las que aluden los tipos penales). Asimismo, el juego de las falsedades societarias (art. 290 CP) es muy limitado, pues no es posible afirmar que la falsedad sea idónea para causar un perjuicio económico (no se toman decisiones orientadas por la documentación de los partidos, que habitualmente tiene una circulación casi clandestina: Maroto Calatayud, *Corrupción y financiación de los partidos...*, p. 332); y tampoco son aplicables los tipos de falsedades documentales generales, dada la amplia destipificación de las llamadas falsedades ideológicas (*ibidem*, p. 340). No obstante, el art. 149 LOREG sí contempla obviamente las falsedades ideológicas (Consulta FGE n.º 15/1997, de 16 de diciembre, punto III).

lizado¹². Se trata del delito recogido en el art. 149 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG).

Art. 149. LOREG:

1. Los administradores generales y de las candidaturas de los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores que falseen las cuentas, reflejando u omitiendo indebidamente en las mismas aportaciones o gastos o usando de cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables, serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses¹³.

2. Los Tribunales atendiendo a la gravedad del hecho y sus circunstancias podrán imponer la pena en un grado inferior a la señalada en el párrafo anterior.

Uno de los motivos fundamentales de la ineffectividad de esta figura se encuentra en su ubicación sistemática: en que no se encuentra en el Código Penal, sino en la LOREG. Esto es relevante en dos planos distintos:

- La consecuencia principal de su incardinación en la LOREG es que, según se interpreta habitualmente, el precepto no debe entenderse referido a falsedades contables en relación con todas las vías de financiación¹⁴, sino sólo en relación con la financiación electoral¹⁵.
- Una consecuencia secundaria es que, al no estar incluido en el Código Penal, no ha sido posible extenderle a este precepto el régimen de responsabilidad penal de los propios partidos políticos, introducido por la Ley Orgánica 7/2012.

¹² Romero Flores, B., *Partidos políticos y responsabilidad penal*, Barcelona: Atelier, 2005, p. 185-186.

¹³ Estima no obstante que la pena de esta figura es excesiva en comparación con otros tipos penales similares Olaizola Nogales, *La financiación ilegal...*, p. 175.

¹⁴ Cabe hablar de tres vías de financiación pública de los partidos políticos: la ordinaria, regulada en la Ley de Financiación de Partidos Políticos; la *electoral*, regulada en la LOREG; y las subvenciones que reciben los Grupos Parlamentarios, que son objeto de regulación en los reglamentos de las cámaras (ver por todos Puente Aba, L.M., «Financiación ilegal de partidos políticos», en Faraldo Cabana (dir.), Brandariz García (coord.), *Comentarios a la legislación penal especial*, Valladolid: Lex Nova, 2012, pp. 263-276, p. 265; Olaizola Nogales, *La financiación ilegal...*, pp. 86 y ss.

¹⁵ Auto 26/2010 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 15 de febrero; Nieto Martín, «Financiación ilegal de partidos políticos (arts. 10-13)», en Arroyo Zapatero / Nieto Martín (coords.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo: Eurodelitos de corrupción y fraude*, Cuenca: UCLM, 2006, pp. 117-138, p. 134.

Para que la regulación analizada sea efectiva, debe modificarse este tipo penal en los siguientes términos:

- a) EXTRAERLO DE LA LOREG E INTRODUCIRLO EN EL CP, AMPLIANDO ASÍ SU ÁMBITO DE APLICACIÓN A *TODOS* LOS INGRESOS Y GASTOS DE LOS PARTIDOS

De hecho, lo razonable sería declarar expresamente su ámbito de aplicación a la contabilización de cualquier tipo de ingresos, tanto de procedencia pública como privada.

- b) INCLUIR COMO SUJETOS ACTIVOS IDÓNEOS

No solo al administrador general o de candidatura de los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, sino también a los administradores de hecho, es decir, personas que gestionan ingresos o gastos del partido sin tener el cargo oficial de administrador inscrito ante la correspondiente Junta Electoral o ante el Ministerio del Interior¹⁶.

En efecto, es fácil que un «administrador general» invoque que él no tuvo conocimiento de la existencia de ingresos no reflejados, y que esos ingresos «B» se ingresen o gasten por debajo de su competencia (por un *extraneus*); y un *extraneus* podría eludir fácilmente la aplicación del tipo, en ausencia de un autor idóneo. Hablamos, pues, de una situación en la que el *intraneus* no sabe (o no se puede demostrar que sabe) y el *extraneus* no responde.

Por ello, se debe complementar el tipo con la siguiente mención:

La misma pena será aplicable a quienes, gestionando aportaciones o gastos de los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores sin ostentar el cargo de administrador general o de la candidatura, realicen las conductas mencionadas en el apartado anterior; u omitan proporcionar la información necesaria para su adecuada contabilización, o proporcionen una información falsa, causando con ello un aumento o disminución indebido en las partidas contables.

¹⁶ La propuesta de Nieto Martín («Financiación ilegal...», pp. 123 y ss.) es más radical, puesto que propone la tipificación de este tipo de conductas atentatorias contra la transparencia en un sistema de delitos que son en parte comunes (por lo que en ellos no se daría el problema aquí señalado) y en parte especiales.

Puente Aba («Financiación ilegal...», p. 273) entiende que pese a la restricción al «administrador general» y «administrador de la candidatura», es posible aplicar a este precepto de la LOREG el art. 31 del Código Penal y ampliar el círculo de *intranei* a aquellas personas en quien dichos administradores deleguen. No obstante, esto no resolvería la cuestión, ya que el problema subsiste siempre que sean personas distintas quien tiene la información sobre la financiación ilegal y el administrador o su delegado.

c) SOMETERLO AL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Ahora bien: como se ha señalado al inicio, sin los cambios necesarios en el sistema de regulación y control extrapenal, la regulación penal de esta cuestión se queda como puro Derecho penal simbólico. Sin un sistema de auditoría real y digno de ese nombre, sólo en casos excepcionales se puede detectar que la contabilidad «A» difiere de la real¹⁷. Se debe regular una verdadera auditoría, con verdadera materialidad del análisis, y que abarque no sólo los *ingresos* sino también el *gasto* de los Partidos Políticos (pues la vía del control del gasto permite detectar las principales discordancias entre los ingresos declarados y los reales). Recuérdese que a los efectos de financiación de partidos políticos, se asimilan expresamente a las donaciones la adquisición de bienes, obras o servicios en beneficio del partido sin transmitirle su coste [arts. 4 Tres y 17 Uno a) LOFPP].

En efecto: en los últimos años hemos tenido conocimiento de casos en los que los financiadores ilegales no ingresaban el dinero en los propios partidos políticos, sino que financiaban directamente diversos servicios para la organización de actos de campaña del partido sobornado. De ese modo, el dinero del soborno no entraba en las arcas del partido y se reducía drásticamente el riesgo de incurrir en falsedades contables electorales. Por ello, el control de la financiación *de los partidos* debe profundizar en el control de la financiación *de sus actos electorales*, para detectar este tipo de actos ilegales.

3. *Criminalización de la financiación ilegal* stricto sensu

De las diferentes posibilidades de financiación ilegal de los partidos políticos, la que está unida a los mayores riesgos de corrupción es la obtención de financiación ilegal de particulares que esperen obtener a cambio favores de los representantes políticos¹⁸. Es ahí, pues, donde debe centrarse el foco de la represión penal.

Hablar de la represión penal de la financiación *ilegal* de los partidos requiere primero, lógicamente acotar los términos de la legalidad y la

¹⁷ Explica la inaplicación de este precepto atendiendo a la falta de fiscalización de las cuentas de los partidos por el Tribunal de Cuentas Maroto Calatayud, *Corrupción y financiación de partidos...*, pp. 302-303; se muestra de acuerdo con este autor Olaizola Nogales, *La financiación ilegal...*, p. 175.

¹⁸ Existen otras posibilidades de financiación ilegal que escapan al alcance de este trabajo, como la financiación pública oculta, la obtención fraudulenta de subvenciones, etc. Ver a ese respecto Nieto Martín, «Financiación ilegal...», pp. 127 y ss.

ilegalidad de la financiación. Y ello dependerá de las decisiones que se tomen en la Ley de Financiación de Partidos Políticos.

Para una primera aproximación a los límites legales a la financiación de los partidos políticos, tomaré como referencia el texto vigente de la Ley Orgánica 8/2007, sobre Financiación de Partidos Políticos, y la reforma propuesta.

a) LOS LÍMITES A LAS DONACIONES A PARTIDOS POLÍTICOS (Y SUS FUNDACIONES) EN LA LOFPP Y EN EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE CONTROL DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICO-FINANCIERA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS DE 2014

La vigente LOFPP (art. 4 Dos) establece una serie de limitaciones a las donaciones a partidos políticos. Así, no podrán efectuar este tipo de donaciones:

- Empresas privadas que, mediante contrato vigente, presten servicios o realicen obras para las Administraciones Públicas, organismos públicos o empresas de capital mayoritariamente público, ni aquellas que pertenezcan al mismo grupo que aquellas, ni las que estén participadas mayoritariamente por aquellas, ni sus fundaciones.
- Entidades que reciban subvenciones de las Administraciones Públicas o cuyo presupuesto esté integrado, en todo o en parte, por aportaciones directas o indirectas de dichas Administraciones.
- Organismos, entidades o empresas públicas.

La donación deberá abonarse por vía bancaria; y además ha de hacerse en cuentas *ad hoc*, que sólo podrán recoger donaciones de esta clase, y deberán documentarse como establece el art. 4 Dos f) LOFPP. Como se ha dicho, además se asimilan a las donaciones la adquisición de bienes, obras o servicios en beneficio del partido asumiendo su coste; y el art.4 Tres expresamente adjudica a este tipo de *donaciones encubiertas ilegales* el régimen sancionador correspondiente a las donaciones ilegales (art. 17 Uno a).

Llamativamente, el Proyecto de Ley Orgánica de 2014 elimina del art. 4 Tres la remisión al sistema de sanciones de los arts. 17 y ss. No parece que con ello pueda evitar que se someta a dicho régimen, puesto que al mantener la asimilación a las donaciones, dicha asimilación debe entenderse a todos los efectos (incluido el de la sanción cuando se infrinjan los límites legales a las donaciones).

Las donaciones no pueden ser anónimas (pese a lo que más adelante se dirá), finalistas ni revocables (pues supondría poder someter

a condición la vigencia de la donación); y no pueden superar el límite de los 100.000 euros anuales. Asimismo, si las donaciones superan los 50.000 euros deben ser comunicadas al Tribunal de Cuentas en el plazo de 3 meses (art. 5). No obstante, en la Disposición Adicional séptima se eleva la cuantía hasta 150.000 si la donación se efectúa a la fundación de un partido político.

Pues bien: la propuesta de reforma contenida en el Proyecto de Ley Orgánica de Control de la Actividad Económico-Financiera de los Partidos Políticos¹⁹ teóricamente endurece estos límites, al regularlos del siguiente modo:

- prohibición de donaciones de personas jurídicas (u otros entes colectivos sin personalidad jurídica);
- nuevos deberes de información al Tribunal de Cuentas por parte de los partidos y de las entidades bancarias donde tengan abiertas sus cuentas de donaciones;
- deber de ingresar las donaciones anónimas en el Tesoro;
- etc.

Sin embargo, como se verá más adelante (subepígrafe c), ese teórico endurecimiento en realidad se ve tan flexibilizado por distintas posibilidades de *elusión* de los controles, que en realidad nos encontramos más bien ante una *relajación* de los citados límites.

b) REPRESIÓN PENAL PARA LOS CASOS MÁS GRAVES: FINANCIACIÓN SOMETIDA A CONDICIÓN (SIMILAR AL COHECHO PROPIO), FINANCIACIÓN OCULTA, FINANCIACIÓN MASIVA

En la doctrina española ha habido distintas propuestas en relación con la criminalización de la financiación ilegal de los partidos políticos. Esquemáticamente cabría identificar, por una parte, la posición de autores como NIETO MARTÍN o MAROTO CALATAYUD, que buscan una tipificación autónoma de la financiación ilegal de los partidos políticos (dirigida a la protección de un bien jurídico propio y relativo al funcionamiento interno democrático de estas entidades); y la de autoras como OLAIZOLA NOGALES o CUGAT MAURI, que buscan su sanción por la vía de los delitos contra la Administración pública²⁰. Si no yerro, no obstante, no es necesario prescindir de ninguno de los dos aspec-

¹⁹ BOCG Congreso de los Diputados, Serie A, 28 de febrero de 2014 (http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-82-1-C1.PDF).

²⁰ Una división en estos términos hace Maroto Calatayud, *Corrupción y financiación de los partidos...*, p. 386.

tos sino que, por el contrario, deben buscarse estrategias punitivas que combinen ambas perspectivas.

En efecto: por una parte, si interesa mantener los cauces de decisión de los partidos libres de la influencia de las empresas es para prevenir unos influjos muy concretos (los que tienen que ver con el intento de controlar decisiones económicas de las administraciones gestionadas por ese partido); y, por otra parte, el modo de luchar contra estas formas de corrupción exige atender a las concretas características de las estructuras de los partidos. No obstante, en mi opinión no sería viable, por ejemplo, la tipificación de un cohecho impropio de partido político sin más, sin atender a que existe un amplio margen para que los ciudadanos aporten legalmente dinero a un partido con el que comparten una visión política (y que su prohibición excesiva podría afectar a los derechos fundamentales relativos a la participación política).

Por ello, es perfectamente posible plantear la tipificación de un delito de financiación ilegal que, teniendo como referente normativo primario el mantenimiento del régimen legal de financiación de partidos políticos, lo haga con miras a un objetivo último la prevención de la corrupción y la desviación de poder; objetivo que debe tenerse en mente a la hora de realizar una interpretación teleológica.

Es ampliamente admitido que en algunos casos la financiación ilegal de partidos políticos puede hallar encaje en las figuras de cohecho propio (casos de cohecho de funcionario con beneficiario partido político, por ejemplo²¹). Se trata, sin duda, de los casos más graves de financiación ilegal de partidos, aunque también los más difíciles de probar: aquellos en los que se puede demostrar la relación condicional entre el pago al partido y la contraprestación en forma de promesa (o efectiva ejecución) de resolución administrativa en una administración controlada por el partido. Por eso, estimo razonable la propuesta de OLAIZOLA NOGALES en el sentido de incluir un tipo agravado en las figuras de cohecho propio cuando el tercero destinatario de la dádiva sea un partido político, ya que aunque no fuese estrictamente necesario para la sanción de estos supuestos, con ello no sólo se da respuesta proporcionada a una conducta de gravedad mayor, sino que se disipa cualquier duda sobre si son posibles los cohechos propios cuando la dádiva exigida por el funcionario (o a cuya entrega el funcionario supedita su actuación) tiene como destinatario un partido político²².

²¹ Ver estos casos en Maroto Calatayud, *Corrupción y financiación de partidos...*, pp. 286 y ss.

²² Olaizola Nogales, *La financiación ilegal...*, pp. 197-198.

La autora incluye también en su propuesta el cohecho impropio, pero como acabo de exponer entiendo que no es dable construir un delito de cohecho impropio por soborno a partidos políticos basado en el concepto de «dádiva en atención al cargo o función».

Sin embargo, como hemos señalado, tanto en el plano jurídico-penal material como en el de las necesidades probatorias se hace imprescindible abordar una criminalización de la financiación ilegal en términos similares a los del cohecho impropio, es decir: sin exigir prueba de la vinculación entre la financiación y una posible contraprestación en forma de contrato, concesión, etc.²³

Parece claro que una estrategia sancionadora razonable ha de ser la que (como en el cohecho, por ejemplo) haga recaer la prevención general sobre ambas partes: sobre quien cobra o pretende cobrar ilegalmente y sobre quien *paga* ilegalmente²⁴ o pretende hacerlo²⁵.

No obstante, por respeto al principio de *última ratio*, en estos casos en que la donación ilegal no está condicionada debería estructurarse un sistema dual: una represión administrativa de las infracciones menos graves por la vía del Tribunal de Cuentas (arts. 17 y ss. LOFPF); y una represión penal que debería abarcar sólo los actos ilegales de financiación más graves²⁶. A la hora de definir esa gravedad, deberían usarse al menos criterios como los siguientes:

²³ Caso de hallarse prueba de tal relación *quid pro quo*, no sería descartable la aplicabilidad de una intervención delictiva en un delito contra la Administración Pública.

²⁴ Debe tenerse en cuenta, en cualquier caso, que las conductas de donación ilegal a partidos políticos por parte de particulares no están abarcadas por el régimen sancionador de los arts. 17 y ss. LOFPF. Sobre esta cuestión volveremos más adelante, al hablar de la reforma del art. 60 de la Ley de Contratos con el Sector Público.

²⁵ Nieto Martín, «Financiación ilegal...», p. 137. En diversas ocasiones se ha sostenido que el pago de sobornos (tanto en el cohecho como en la financiación ilegal de partidos políticos) por parte de los administradores societarios puede encuadrarse en la figura de administración desleal; sin embargo entiendo más correcta la posición de quienes se muestran escépticos respecto de la aplicabilidad del delito societario a estos efectos (por todos, Foffani, L. / Nieto Martín, A., «Corporate Governance y administración desleal. Casos y problemas de Derecho comparado europeo», en *Revista Penal* n.º 17, 2006, pp. 110-141, pp. 132 y ss.; recientemente, Olaizola Nogales, *La financiación ilegal...*, pp. 186 y ss.).

²⁶ Por no mencionar que asignar al Derecho penal toda la tarea preventiva en esta materia conduce a efectos perversos: «Esa reducción de todo juicio a los términos de la decisión jurídico-penal oculta que el no merecimiento de condena penal no equivale a irreprochabilidad en cualquier sentido, a justicia incuestionable de las acciones y a su plena justificación desde cualesquiera puntos de vista» (García Amado, J.A., «Corrupción y financiación de los partidos políticos», en el blog *Dura Lex*, 13.3.2010, <http://garciamado.blogspot.com.es/2010/03/corruptcion-y-financiacion-de-los.html>—consultado el 3.11.2014—).

- que su importe se encuentre por encima de ciertos umbrales cuantitativos;
- o que se trate de aportaciones opacas o falsarias.

Esta restricción se justifica porque lo fundamental en la represión penal no es hacer lo que ya hace —o debería hacer— el Tribunal de Cuentas (comprobar si hay donaciones «anónimas» o «irregulares»²⁷), sino otra cosa: sancionar la existencia de donaciones que muestran un riesgo real de influir de modo corrupto sobre decisiones administrativas. Y esas donaciones peligrosas son las que introducen flujos de dinero B en la financiación de los partidos; pues ese dinero *oculto* es sin duda el más peligroso desde el punto de vista de la corrupción²⁸; así como la aportación ilegal de fondos tan masivos que permitan al donante ostentar cierto poder de control. Una financiación ilegal²⁹ pero no opaca ni falsaria, ni masiva, es más inocua, pues permite una detección rápida y una reacción en el plano extrapenal suficientemente efectiva. Actos ilegales de entidad menor deberían hallar una respuesta sancionadora suficiente en el plano administrativo³⁰.

Para que esto sea efectivo, es imprescindible que el proyecto tome en serio las obligaciones de documentación y declaración de receptor y donante, así como la prohibición de pagos de cierta cuantía en *cash*, en metálico o en instrumentos al portador, que harían inviable cualquier intento de controlar la trazabilidad de las donaciones y convertirían el resto de las prohibiciones en papel mojado. O se sanciona con rigor *todo* pago o cobro en B, o el resto de las prohibiciones será imposible controlarlas.

Por supuesto, la redacción del tipo penal debe concluir con una cláusula concursal del tipo «sin perjuicio de otras responsabilidades en las que pueda haber incurrido» o fórmula similar, ya que se trata de una forma de responsabilidad que *se añade* y no *sustituye* a las ya preexistentes. Lo contrario podría inducir a pensar a algún operador

²⁷ El régimen sancionador administrativo aplicable a los casos de financiación ilegal está previsto en los arts. 17 a 19 de la LO 8/2007, de 4 de julio, de financiación de partidos políticos.

²⁸ Nieto Martín, «Financiación ilegal...», p. 131.

²⁹ Obviamente, hablamos aquí de supuestos en los que no se puede demostrar que el pago está sometido a una contraprestación futura en forma de resolución administrativa favorable al financiador.

³⁰ No obstante, debe recordarse que los casos de financiación ilegal menos grave cometidos por particulares no tienen sanción en el régimen de la LOFPP. Para ellos sería sumamente interesante la aplicación de las prohibiciones de contratar con el sector público, a cuyos efectos sería necesario modificar el art. 60 de la Ley de Contratos con el Sector Público. Al respecto, *vid. infra*.

jurídico desorientado que con esta reforma se pretendía declarar que ciertos actos de corrupción que en la actualidad son ya delictivos sin necesidad de reforma alguna (por ejemplo, cohechos cometidos a través de un partido político), en realidad eran a día de hoy atípicos.

- c) NECESIDADES DE REFORMA EN LA NORMATIVA EXTRAPENAL. ELIMINAR LAS «VÍAS DE ESCAPE» DE LA LOFPP QUE HACEN QUE EL SISTEMA DE LIMITACIONES LEGALES A LAS DONACIONES SEA ABSOLUTAMENTE INÚTIL

Asimismo, debe evitarse el «penelopismo jurídico» que supone introducir numerosas prohibiciones en el régimen de financiación de partidos políticos... pero a la vez mostrar al infractor un fácil modo de soslayarlas³¹. Baste citar las siguientes y sorprendentes puertas laterales para eludir las prohibiciones legales³²:

En primer lugar, el sistema de la LOFPP no permite que las empresas con contratos *vigentes* con la Administración puedan financiar a los partidos políticos... pero nada impide que lo hagan *después* de concluir el contrato o —lo que será más habitual— antes de obtenerlo.

En segundo lugar, llama la atención que las personas jurídicas no puedan donar *directamente*... pero que no exista ninguna limitación a que lo hagan sus representantes o administradores (de hecho o de derecho)³³. De hecho, la laxitud de los controles permitiría que cualquier empleado aportase el dinero de la empresa.

En tercer lugar, el límite cuantitativo (la prohibición de donar más de 100.000 euros anuales) es fácilmente soslayable. Un ejemplo extremo es el siguiente: ese límite no juega si lo que se dona al partido es un inmueble (art. 5 LOFPP). Así, para eludir el límite basta con adquirir un inmueble de valor superior a 100.000 euros y donárselo al partido.

En cuarto lugar, ninguno de estos límites puede estar realmente vigente cuando en realidad tenemos un sistema que admite las donacio-

³¹ Hablan de «una vía para eludir las restricciones más severas» García Viñuelas, E. y González de Aguilar, A. «Regulación al servicio de los reguladores: la ley de financiación de los partidos políticos de 2007», *paper* presentado al XVIII Encuentro de economía pública (Málaga, 2011), p. 11. Disponible en Dialnet (<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3630625>; consultado por última vez el 3.11.2014).

³² Respecto de lo que sigue, ver el acertado y detallado análisis crítico de Maroto, M. y Ongil, M., «21 lagunas legales del nuevo sistema de financiación de partidos que está impulsando el PP», en *eldiario.es* 24.4.2014 (http://www.eldiario.es/politica/practicas-seguiran-financiacion-partidos-PP_0_253025377.html; consultado el 3.11.2014), quienes desgranar agudamente estas puertas laterales.

³³ Rídao, «Las medidas contra la corrupción...», p. 12.

nes *secretas*. Y es que por más que la LOFPP proclame que las donaciones no pueden ser anónimas, y que obligue a la identificación del donante, lo cierto es que como los datos de donaciones no se hacen públicos, la financiación privada de partidos es absolutamente opaca para todos los habitantes del planeta, salvo para las escasas personas que trabajan en la Unidad de Fiscalización de Partidos Políticos del Tribunal de Cuentas; y el Tribunal de Cuentas, como es sabido, es estrepitosamente inoperante en relación con el control de la financiación ilegal de los partidos.

En quinto lugar, las fundaciones de los partidos políticos constituyen una puerta abierta que permite financiar las actividades de los partidos sin someterse a las limitaciones de la LOFPP. En efecto: la Disposición Adicional 7.^a de la LOFPP **excluye** a las fundaciones de los partidos políticos de la prohibición de recibir donaciones de empresas con contratos *vigentes* con el Sector Público. Un empresario con contrato vigente con la Administración pública *sí* puede financiar la actividad de un partido político por la vía de una de sus fundaciones. Asimismo, la prohibición de donaciones de personas jurídicas que se pretende introducir por el Proyecto de Ley Orgánica de Control de la Actividad Económico-Financiera de los Partidos Políticos de 2014, no regirá para las fundaciones de los partidos.

La «vía de escape» de las fundaciones se hizo aún más escandalosa tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2012, que reformó la Disposición Adicional séptima de modo que las donaciones a las fundaciones de los partidos políticos tampoco estuviesen sometidas a ningún límite cuantitativo³⁴.

Pero como cualquier situación puede empeorar, el Proyecto de Ley Orgánica de 2014 propone introducir en la tantas veces citada Disposición Adicional Séptima una bomba de relojería, que hace que las aportaciones gratuitas a las fundaciones de los partidos ni siquiera sean consideradas donaciones si son «llevadas a cabo por una persona física o jurídica para financiar una actividad o un proyecto concreto de la fundación o asociación, en cuanto tal actividad o proyecto se realice como consecuencia de un interés común derivado de las actividades propias del objeto societario o estatutario de ambas entidades». Con absoluta claridad lo expresan MAROTO y ONGIL: «si una empresa con

³⁴ Así lo dispone el apartado Tres a) de la Disposición Adicional Séptima de la LOFPP desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2012. Al respecto, ver Ongil, M., «El PP eliminó el límite a las donaciones privadas a fundaciones políticas», en el blog Cuentas Claras (<http://cuentas-claras.org/2013/09/25/el-pp-elimino-el-limite-a-las-donaciones-privadas-a-fundaciones-politicas>, consultado el 3 de noviembre de 2014.).

contratos con la administración o no, decide financiar una actividad en la que tiene un «interés común»... ¿ese dinero no será siquiera considerado una donación!»³⁵.

Es imprescindible, pues, que se reintroduzcan limitaciones para las fundaciones de los partidos políticos, pues cualquiera de estas excepciones no es sino una vía de hecho que permite dar apariencia de legalidad a la financiación ilegal de partidos políticos. Hasta hace dos años, la financiación a estas fundaciones estaba sometida a algunas (escasas) limitaciones. Sin embargo, entre las excepciones originarias a la financiación de las fundaciones de los partidos, las añadidas en 2012 y las que pretende introducir el Proyecto de Ley Orgánica de 2014, los límites a la financiación de los partidos se han convertido en absolutamente inoperantes. De hecho, aunque el Proyecto de reforma de 2014 pretende prohibir cualquier donación a partidos políticos por parte de personas jurídicas... lo cierto es que si una persona jurídica quiere hacer llegar dinero a un partido, no necesitará donárselo directamente, pues podrá allegar legalmente esos fondos a la fundación de ese partido político, y ello sin ningún tipo de límite cuantitativo ni subjetivo.

Permítaseme un apunte más a este respecto. En conversación informal con algunos Diputados, se me comentó que, en opinión de alguno de los principales grupos parlamentarios de la cámara, a las fundaciones no se les podía restringir del mismo modo que a los partidos políticos, pues no tienen su misma naturaleza jurídica. En realidad, esas fundaciones serían consecuencia de un libre acto de fundación, un acto de destino de un patrimonio a fines públicos, y por ello no pueden ser limitadas cuando ese fin es cooperar a cierta visión política (es decir: no tienen por función apoyar al partido político, sino a una visión política que comparten con dicho partido).

En mi opinión, a esta objeción debe responderse lo siguiente. Una de dos:

- O las fundaciones tienen una relación especial con los partidos (como hasta ahora se ha reconocido, estableciendo limitaciones de financiación parejas a las de éstos), lo cual parece lo más lógico atendiendo a sus funciones, a sus vías de financiación, a las labores que realizan para los partidos, etc. (y éste es el sistema que hasta ahora sigue la LOFPP, al reconocer en su Disposición

³⁵ Maroto, M. / Ongil, M., «21 lagunas legales del nuevo sistema de financiación de partidos...», *cit.*

Adicional 7.^a las fundaciones dependientes o vinculadas a partidos políticos)³⁶.

- O, si nos tomamos en serio que son *muy distintas* y por ello pueden ser financiadas libremente, entonces la consecuencia sería mucho más grave. Puesto que cualquier bien o servicio que presten al partido gratuitamente, cualquier prestación económicamente evaluable que aporten al partido sin contraprestación (gastos de formación de cuadros, etc.) será una donación de una entidad ajena al partido. Al ser entidades ajenas al partido y ser personas jurídicas, lo tendrán prohibido bajo el régimen anunciado en el Proyecto de reforma. En cualquier caso, sus aportaciones a las tareas del partido político deberían ser contabilizadas como transferencias gratuitas a éste y, en este sentido, deberían seguir el mismo régimen restrictivo de las donaciones.

Pretender ilegalizar ciertas formas de financiación de partidos, pero permitir todos esos «atajos» para soslayar la prohibición sería tan hipócrita como poner un arco detector de metales para acceder a la sala de embarque... pero permitir que los pasajeros pasen por él solo si quieren, y si no quieren, que pasen por otro lado.

Mención aparte —pero una mención muy importante— merecen las condonaciones de créditos bancarios y el conjunto de irregularidades alrededor de la financiación bancaria de los partidos políticos (en relación con tasas de interés, con su contabilización por parte de los partidos políticos, etc.); así como la más grave de ellas: no considerarlas como lo que son: una financiación gratuita (y que, por ello, debe estar sometida a idéntico régimen de prohibiciones que las donaciones)³⁷.

³⁶ Y así lo ha hecho constar el Tribunal de Cuentas («Informe de fiscalización de los estados contables de los partidos políticos y de las donaciones percibidas por las fundaciones vinculadas orgánicamente, ejercicios 2009, 2020 y 2011»), que ha subrayado la vinculación simbiótica existente entre los partidos españoles y sus fundaciones.

³⁷ Nótese que el art. 1187 CC equipara expresamente condonación y donación; y por más que en algunos casos esta equiparación pueda ser matizable, en este caso no lo es.

Así, la Dirección General de Tributos, en su Informe de 9 de marzo de 2013, negó con razón que una condonación parcial en los casos de dación en pago para la cancelación de una hipoteca constituyese una donación (y por ello no estaba sometida al Impuesto de Sucesiones y Donaciones): por el contrario, entendió que era parte del negocio jurídico en el que se cancela el préstamo. Como puede verse, los casos de las condonaciones de créditos bancarios a partidos políticos no tienen nada que ver con estos supuestos; y en dichas condonaciones solo se puede hallar una simple transmisión gratuita, sometida por ello a las reglas y limitaciones generales de la financiación ilegal de partidos políticos.

El Proyecto de Ley Orgánica de 2014 pretende prohibirlas... pero mantiene vigente la legalidad de los acuerdos entre partidos políticos y Bancos sobre las condiciones de su deuda; incluyendo cancelación de garantías reales; pero sin asimilar estos acuerdos a la donación allí donde tengan efecto de disminución de la deuda.

Para terminar, un complemento no punitivo pero ineludible deberá ser la modificación de la normativa de contratos con el Sector Público y de subvenciones. En este sentido, ha de introducirse como causa de exclusión de la contratación pública (art. 60 de la Ley de Contratos con el Sector Público) y concurrencia a actividades subvencionadas el haber realizado pagos en los últimos 12 meses a partidos políticos o sus fundaciones; e introducir una obligación de declaración jurada a quienes concurren a dichas contrataciones o convocatorias. Esta exclusión debería ser más prolongada si el pago fue oculto o de otro modo ilegal (exceso en la cuantía, existencia de un contrato vigente con el sector público, etc.).

Este mecanismo reforzaría de modo muy serio (pero no criminalizador) la evitación de conflictos de intereses en la financiación de partidos políticos, al hacer planear sobre el autor de la donación ilegal un enorme riesgo: perder precisamente aquello que buscaba obtener o asegurar (el contrato o subvención público); y que dicha pérdida pueda ser resuelta en un expediente administrativo (mucho más ágil que un proceso penal) instable por cualquier ciudadano con interés en el asunto.

III. Indulto del gobierno (central) a gobernantes (autonómicos o locales)

Hay una reforma general de la Ley del Indulto que en mi opinión resulta improrrogable: la reintroducción de la obligación de motivar todo indulto, que estaba vigente en el artículo 30 de la Ley, y que fue eliminada en el año 1988 y que debe volver a ser introducida si se pretende preservar la legitimidad de esta delicada institución³⁸.

³⁸ También el Grupo de Estudios De Política Criminal (*Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias: indulto, prescripción, dilaciones indebidas y conformidad procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 28-29) sugería la introducción de la obligación de motivar. En su interesante propuesta se incluía asimismo (p. 31) la obligación del Gobierno de publicar una Memoria anual que recogiese de forma agregada, «al menos, los datos sobre las solicitudes de indultos; sus motivos; el número de indultos denegados y concedidos expresados por clases concretas de delitos; los motivos de unos y otros; el porcentaje que representan los indultos concedidos sobre el total de personas penadas; y la clase de penas indultadas».

El indulto, como es sabido, es una institución que tensa la división de poderes, y sabemos que esa tensión se convertiría en auténtica ruptura si un Consejo de Ministros pudiese indultar a sus propios ministros. Esta idea es recogida por el artículo 102.3 de la Constitución, que prohíbe los indultos a miembros del Gobierno porque supondría que el Poder Ejecutivo tendría la posibilidad de sustraerse a sí mismo al control del Poder Judicial.

Esta tensión extrema no es menor si estamos hablando de un Poder Ejecutivo Central que se permite proteger a miembros del Poder Ejecutivo Autonómico o Local del control del Poder Judicial (piénsese, asimismo, que son prácticamente los mismos partidos políticos los que en España han ido turnándose en los gobiernos centrales, autonómicos y locales en las última décadas).

Debe, pues, reformarse la Ley del Indulto para impedir indultos a miembros o ex miembros del Poder Ejecutivo o sus agentes (y, por extensión, en general a responsables de delitos contra la Administración pública): la sociedad ya percibe como intolerable esta fraudulenta quiebra del principio de división de poderes.

Una posible objeción a esta reforma sería la del miedo a la pendiente resbaladiza: el temor a que abrir una primera excepción a la potestad de indultar supusiese el inicio de una ampliación incontrolable de nuevas excepciones, que alterase de modo esencial la dimensión de esta institución.

Ciertamente, no es difícil prever que el habitual populismo punitivo *se apunte* a esta corriente, de modo que cada nueva propuesta populista de (sobre)criminalización lleve aparejada la propuesta de prohibición de indulto para el grupo de delitos en cuestión (y así vaya aumentando la cifra de «delitos inindultables» a los casos de pederastia, de delitos contra la seguridad vial, de violencia de género, de tráfico de drogas, etc.).

No obstante, en mi opinión ni el riesgo es tan grande, ni el mal es tan temible. La especificidad de este grupo de delitos se justifica por una evidente consideración de estructura política del Estado; y no debe olvidarse que la vigente Ley del Indulto ya prevé regímenes especiales para ciertos tipos de delitos (ciertamente, regímenes más benignos, pero existen).

IV. Algunas notas sobre la prevención de la corrupción en la contratación administrativa

La corrupción en la contratación administrativa (en las concesiones, contratos, privatizaciones, convenios, etc.) se ha convertido en

uno de los más graves problemas que corroen a la Administración Pública en España. Después de un largo período en el que la atención de los críticos se centraba en las prácticas corruptas relativas al urbanismo y la obra civil, hoy —tras el *crash* inmobiliario español— ampliamos el *zoom* hasta abarcar otros ámbitos de contratación pública susceptibles de suscitar tentaciones delictivas en empresarios, políticos y funcionarios públicos.

Debería ser ya notorio que las reformas que requiere nuestro sistema para abordar el actual problema de corrupción no son reformas penales. La sanción penal es solo *una parte* de los mecanismos legales de prevención, control, investigación, detección y represión de la corrupción... mecanismos que en su absoluta mayoría se encuentran regulados en el ámbito administrativo. Y de la existencia y vigencia de esos mecanismos administrativos depende la efectividad de los aspectos penales de la prevención de la corrupción.

Por ello, una reforma que busque una verdadera efectividad en la prevención y la represión de la corrupción no debe centrarse en modificaciones de unas normas penales que *no lograrán ser aplicadas* si no existe un sistema administrativo que favorezca la detección de desviaciones de poder en decisiones que impliquen interés económico para personas y empresas (pues ése es el requisito básico para que pueda haber corrupción).

Por el contrario, la reforma realmente necesaria será la que aborde la cuestión desde otro punto de vista: evitando que existan decisiones por las que no se pueda exigir rendición de cuentas; aumentando la efectividad de los controles técnicos, incrementando la transparencia y la publicidad de las decisiones; reduciendo los márgenes de discrecionalidad allá donde se hayan revelado como excesivos o disfuncionales, etc.

Una mirada al ámbito de la Administración Local, tan hondamente afectada por la corrupción, nos permite analizar algunos factores clave.

Como se ha señalado en innumerables ocasiones, es fundamental impedir que una Administración (en especial, una Administración como la Local, institucionalmente menos «armada» que otras como la Administración Central del Estado, y por ello más dominable por el poder político local)³⁹, tenga un margen de decisión político casi incontrolable sobre decisiones de contratación que pueden comprometer cantidades astronómicas⁴⁰.

³⁹ Ridao, «Las medidas contra la corrupción política...», p. 3.

⁴⁰ O que, pese a no tener un correspondiente reflejo contable, sí tienen un enorme valor económico, como es el caso de las recalificaciones urbanísticas.

La existencia de márgenes de decisión poco controlables del Gobierno local, amparados en conceptos jurídicos indeterminados, le otorga a éste en ocasiones una capacidad cuasi soberana y no supervisada: la facultad de decidir sin rendir cuentas de modo real. Si no se limita el margen de decisión local, dando más juego a controles técnicos externos de cuerpos no locales o habilitados nacionales, cualquier intento de reprimir penalmente estos excesos está condenado al fracaso.

Este objetivo exige una limitación radical de la incorporación de personal no funcionario a las Administraciones locales⁴¹. Solo el personal funcionario (máxime, el de cuerpos con habilitación de carácter nacional... y no elegido por procedimientos de libre designación) puede operar como contrapeso de la acción de los cargos políticos.

Esto está íntimamente relacionado con la virtual desactivación en las últimas décadas del **cuerpo de interventores**⁴². Estos funcionarios con habilitación de carácter nacional no pueden hoy operar como auténticos *checks and balances* del Gobierno local...

— ... si un informe negativo o un reparo del interventor no significa prácticamente nada. Un reparo, salvo en contratación de carácter urgente o menor, debería tener de modo general efecto suspensivo (algo que la normativa vigente solo recoge de modo excepcional), con un expediente de resolución de discordancias ágil y en el que podría implicarse —sin merma de la autonomía local— la Intervención General de la Administración del Estado⁴³. Baste recordar aquí el ejemplo del alcalde de una ciudad

⁴¹ Es sabido que con frecuencia los Ayuntamientos abusan de la facultad de contratación de personal laboral, y de modo periódico este personal es objeto de perturbadoras «regularizaciones». Recientemente ha habido algunos avances legales en materia de contratación de personal eventual, como la introducción del art. 104 bis LBRL... pero queda muchísimo por recorrer.

⁴² Son muy ilustrativas las palabras del entonces Alcalde de Santa Coloma de Gramenet, grabadas en una escucha en la llamada «Operación Pretoria». Según la transcripción, el Alcalde entendía que debían buscar un director de servicios financieros «de confianza» para que así «el interventor haga su vida, como en todos los ayuntamientos donde al interventor ya no se le hace ni puto caso» (Pellicer, L, «El sumario del Caso Pretoria», en *Diario El País* 27.5.2010; Moreno Serrano, B., «Reparos del Interventor. Especial referencia a la Comunidad Valenciana», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n.º 8, quincena del 30 abr. al 14 mayo 2014, pág. 905 y ss.).

⁴³ A día de hoy, la intervención de la IGAE en apoyo del interventor ya es posible vía convenios con las entidades locales; y las reformas de la Ley 27/2013 también incrementan el papel de la IGAE al hacerla destinataria de los Informes anuales sobre los controles desarrollados en cada ejercicio (lo juzga positivamente Cardosa Zurita, Carlos. «El re-

andaluza que solo fue imputado por prevaricación cuando había desatendido 400 reparos⁴⁴.

- ... si los interventores tienen dependencia del Gobierno local en aspectos económicos (en relación con ciertos complementos retributivos) o disciplinarios (el Gobierno local tiene competencia disciplinaria sobre él en faltas leves: art. 92 bis 10.a LBRL).
- ... si el gobierno local puede elegirlos por libre designación y removerlos por libre cese (en este punto deben revertirse las reformas realizadas entre 2003 y 2013, que generalizaron la posibilidad de designar interventores de libre designación para capitales de provincia y ciudades de más de 75.000 habitantes)⁴⁵.
- ... si un porcentaje enorme de los interventores es interino, con lo que puede temer por su estabilidad laboral en caso de enfrentarse al Gobierno local.
- ... si a raíz de la reforma de 2003 los Secretarios de Ayuntamiento ya no son obligatorios en las grandes ciudades (o son reducidos prácticamente a amanuenses, al convertirlos en secretarios del Pleno).
- ... o si los medios con los que cuentan los responsables de la labor de fiscalización en el ámbito local son ínfimos en comparación no ya con la ingente tarea que deben afrontar, sino comparándolos con los medios de los que dispone la Intervención General de la Administración del Estado⁴⁶.

forzamiento de la función interventora de los Secretarios-Interventores e Interventores en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: novedades y actuaciones a desarrollar», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n.º 5, quincena del 15 al 29 Mar. 2014, pág. 614 y ss.; ver también Moreno Serrano, B., «Reparos del Interventor. Especial referencia a la Comunidad Valenciana», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n.º 8, quincena del 30 Abr. al 14 Mayo 2014, pág. 905 y ss.).

⁴⁴ Europa Press, «Llaman a declarar al alcalde de Antequera (Málaga) como imputado por un presunto delito de prevaricación» (<http://www.europapress.es/nacional/noticia-llaman-declarar-alcalde-antequera-malaga-imputado-presunto-delito-prevaricacion-20080610175621.html>). El caso fue finalmente sobreesido (EUROPA PRESS, «Decretan el archivo de la causa contra el alcalde de Molina por prevaricación y cohecho»: <http://www.europapress.es/andalucia/malaga-00356/noticia-juez-decreta-archivo-causa-contra-alcalde-molina-prevaricacion-cohecho-20140328110610.html>).

⁴⁵ Ver el art. 92 bis 6 de la Ley de Bases del Régimen Local, en la redacción vigente que procede de la Ley 27/2013.

⁴⁶ Ferrán Dilla, J. / Palomar Olmeda, A., «La función fiscalizadora y el control de las entidades locales. Su reflejo en la responsabilidad contable: algunos de sus aspectos esenciales», en *Revista de Estudios Locales* n.º 151, 2012, pp. 24-43.

Estos ejemplos⁴⁷ nos ponen sobre la pista de una necesidad fundamental: desandar el camino recorrido en materia de desmontaje de los controles externos⁴⁸. Y el grueso de ese desmontaje se encuentra en lo que ha dado en llamarse la «huida del control administrativo».

En efecto, en las últimas décadas se han transferido a fundaciones públicas, sociedades mercantiles de capital público y entidades similares funciones relativas a servicios públicos y capital público para su desempeño. La excusa ha sido la agilización de la gestión. Agilización... mediante un intento de soslayar los controles administrativos del gasto público. Ello, como es sabido, ha generado un nicho de corrupción espectacular. Es ineludible someter de nuevo a estas entidades a un control administrativo más pleno y revertir esta «huida».

Otros aspectos del control externo han sufrido también un importante deterioro. Así, por ejemplo, la regulación de las costas en los procedimientos administrativos ha sido objeto de una reforma en 2011. Mientras que antes las costas solo se imponían a la parte que mostrase temeridad o mala fe, la Ley 37/2011 introdujo un cambio esencial, de modo que las costas pasaban a imponerse —de modo total o parcial— por el criterio del mero devengo, que solo excepcionalmente puede ser eludido⁴⁹. Esto determina un obstáculo insalvable en muchos casos para los ciudadanos o asociaciones que pretenden que un acto de la Administración sea sometida a un control jurisdiccional: piénsese en el riesgo económico al que se somete al recurrente que pretende que una resolución administrativa en su opinión injusta sea objeto de una revisión judicial.

La generalización del criterio del mero devengo, como se ha dicho, es tremendamente injusta cuando hablamos de un ciudadano que re-

⁴⁷ Por más que la Ley 27/2013 haya reforzado en algunos de estos aspectos el papel de los interventores locales, queda aún un largo camino por andar. La efectividad de los reparos del interventor local sigue siendo muy escasa, y de hecho la Ley *consagra* el sistema de libre designación de interventores (lo cual no redundaría precisamente en su independencia). Estamos en cualquier caso aún a la espera de cómo se desarrollen las normas de homogeneización de los procedimientos de control, metodología de aplicación, criterios de actuación, derechos y deberes del personal controlador y destinatarios de los informes de control a los que se refiere el art. 213 LBRL tras su modificación por la Ley 27/2013.

⁴⁸ Cuestión distinta es la de si debemos conservar el sistema de *intervención* (basado en el control *ex ante*) o si debemos avanzar para profundizar en modelos de control más basados en controlabilidad *ex post* (al respecto, Lazo Vitoria, X., *El control interno del gasto público estatal*, Madrid: Tecnos, 2008, 206 y ss.). En cualquier caso, en el momento actual nos encontramos con unos controles *ex ante* impotentes y unos controles *ex post* inoperantes.

⁴⁹ Sin que, por cierto, existan pautas regladas suficientes para decir cuándo se imponen completas y cuándo parciales (y en qué proporción).

curre una decisión de una Administración mucho más poderosa; pero cuando se aplica a los casos en que los ciudadanos acuden a los Tribunales para instar el control jurisdiccional de sus gobernantes, tiene un perverso efecto político: impedir que se insten los contrapesos propios de un Estado de Derecho entre el Ejecutivo y el Judicial. Por ello, es importante abordar una meditada reforma de esta cuestión.

A todo ello se añade la nueva regulación de las tasas judiciales, que impone un coste inasumible para las organizaciones cívicas y ONGs que buscan instar el control judicial de los excesos y desmanes de gestores corruptos. El cuadro resultante es, pues, absolutamente desalentador.

Por otra parte, no obstante, debe mencionarse que a día de hoy sí existen otras posibilidades de control y supervisión *cruzados* entre administraciones, pero que no son tan utilizados como sería aconsejable, pues han sido menospreciados en una errónea comprensión de la Autonomía local. Así, por ejemplo:

- El art. 169.4 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales obliga a los Ayuntamientos a remitir sus presupuestos a la Administración General del Estado y a las Comunidades Autónomas; y el art. 65 de la Ley de Bases del Régimen Local permite a la Administración General del Estado y a las Comunidades Autónomas requerir a los entes locales para que anulen acuerdos y, si no, para impugnarlos ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁵⁰.
- La Intervención General de la Administración del Estado es ya receptora de un informe anual de todos los reparos que realizan los Interventores de las Entidades Locales (art. 213, pfo. 3.º de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales). Por supuesto, la infor-

⁵⁰ No debe olvidarse, por cierto, que el art. 145 (apartados 2 y 3) de la Ley 30/1992 obliga (ya no solo faculta) a la Administración a repetir contra el funcionario, autoridad u otra persona a su servicio si por la actuación dolosa o gravemente culpable/negligente de éste surge daño a terceros o a la propia administración:

2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.

Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.

3. Asimismo, la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves.

mación obtenida puede ser base para la impugnación de acuerdos conforme al art. 65 LBRL.

Debe por lo demás atenderse a un factor clave: la corrupción no surge por un defecto moral de políticos o funcionarios. La corrupción surge porque hay una empresa con interés en una decisión económicamente relevante de un funcionario o un Gobierno. Y cuanto más importante es el interés económico, más grave es el riesgo de corrupción.

Ello exige una especial atención a ciertos tipos de contratación pública que pueden proporcionar a una empresa altísimas retribuciones, como grandes contratos y concesiones de obra civil, así como privatizaciones de servicios públicos. Se trata de decisiones económicas que, en principio, al comprometer recursos de legislaturas o gobiernos futuros, pueden incluso plantear riesgos desde el punto de vista del principio democrático. Por ello, no pueden ser objeto de una decisión gubernamental por un trámite ordinario. Por el contrario, en ellas debe haber en primer lugar una reducción del margen de arbitrio político y una mayor presencia técnica para evaluar aspectos objetivables, en términos tales que vinculen a la Administración concedente.

Las expuestas son solo *algunas* de las muchas cuestiones administrativas que deben abordarse para que la prevención penal de la corrupción en la contratación pública pueda ser efectiva. Sin ellas, no solo cabe afirmar que las reformas penales propuestas por los Grupos Parlamentarios serán totalmente inútiles, sino que es necesario ser más rotundo: sin su implantación, la regulación penal vigente no podrá tener la más mínima efectividad.

Por supuesto, se trata de decisiones sobre la legislación administrativa que no gustarán a ninguno de los implicados. Ni a las autoridades (pues nadie contempla con gusto que se limite su poder) ni a las empresas aspirantes a adjudicatarias (pues limitarán su capacidad de influencia). Pero son medidas mucho más urgentes e imprescindibles que la reforma penal. Y en ella nos jugamos una parte fundamental de la estabilidad institucional de la Democracia en España.

Cuadernos penales

José María Lidón

Los *Cuadernos penales José María Lidón* tienen un doble objetivo. Pretenden mantener viva la memoria del profesor y magistrado José María Lidón, asesinado por ETA, ya que relegarlo al olvido sería tanto como permitir que la insoportable injusticia de su muerte viniera a menos y, en cierta forma, hacerse cómplice de ella. Asimismo pretenden que su memoria sea un punto de encuentro para quienes desde cualquier profesión relacionada con el Derecho penal compartan, como compartimos con él, el anhelo por un Derecho penal que contribuya a crear cada vez más amplios espacios de libertad e igualdad y a que éstos sean reales y efectivas para todos. De este modo su memoria será doblemente enriquecedora.



CONSEJO GENERAL
DEL PODER JUDICIAL
AGINTE JUDIZIALAREN
KONTSEILU NAGUSIA



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

HERRI ADMINISTRAZIO
ETA JUSTIZIA SAILA
DEPARTAMENTO DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y JUSTICIA



Deusto

Publicaciones