

DERECHO A LA JUSTICIA



LA SENTENCIA
LA FUNCIÓN REGISTRAL
LA JUSTICIA INTERNACIONAL
LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL
¿POR QUÉ LA JUSTICIA TARDA TANTO?
JUSTICIA Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA
EL ABOGADO Y EL DERECHO DE DEFENSA
EL JURISTA Y LAS PROFESIONES JURÍDICAS
EL COSTE Y LAS “COSTAS” DE OBTENER JUSTICIA
SEGURIDAD JURÍDICA Y CREATIVIDAD JUDICIAL
LA TÉCNICA Y EL FUTURO DE LA JUSTICIA HUMANA
¿QUÉ ES EL MINISTERIO FISCAL Y CUÁLES SON SUS
FUNCIONES?

**Comisión Deontológica de Juristas
Padres del Colegio Retamar**

DERECHO A LA JUSTICIA

COMISIÓN DEONTOLÓGICA DE JURISTAS
PADRES DEL COLEGIO RETAMAR

© Los trabajos pertenecen a sus autores. Queda prohibida su reproducción por cualquier medio sin autorización escrita de los propietarios.

Las opiniones vertidas en esta publicación son de responsabilidad exclusiva de sus autores, y no representan la opinión del Colegio ni de ninguna otra institución.

Edita: Departamento de Publicaciones del Colegio Retamar.
c/ Pajares 22. 28223 Pozuelo de Alarcón (Madrid).
Correo electrónico: publicaciones@retamail.com.
www.retamar.com.

Imprime: Gráficas De Diego. Camino de Hormigueras 180, nave 15. 28031 MADRID

SUMARIO

PRESENTACIÓN.....	5
I. JUSTICIA Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	
POR JUAN CESÁREO ORTIZ ÚRCULO.....	7
II. ¿POR QUÉ LA JUSTICIA “TARDA” TANTO?	
POR BLAS CAMACHO GONZÁLEZ.....	14
III.LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL	
POR RAFAEL CABALLERO SÁNCHEZ	19
IV. LA JUSTICIA INTERNACIONAL	
POR JOSÉ LUIS VIADA RUBIO.....	29
V. LA TÉCNICA Y EL FUTURO DE LA JUSTICIA HUMANA	
POR JAVIER PUYOL MONTERO.....	35
VI. EL COSTE Y LAS “COSTAS” DE OBTENER JUSTICIA	
POR CESÁREO GUERRA GALI	41
VII. LA SENTENCIA	
POR EDUARDO DE URBANO CASTRILLO	47
VIII. SEGURIDAD JURÍDICA Y CREATIVIDAD JUDICIAL	
POR SANTIAGO THOMAS DE CARRANZA.....	53
IX.EL JURISTA Y LAS PROFESIONES JURÍDICAS	
POR IGNACIO MALDONADO RAMOS.....	61
X. ¿QUÉ ES EL MINISTERIO FISCAL Y CUÁLES SON SUS FUNCIONES?	
POR CARLOS BAUTISTA SAMANIEGO	65
XI. EL ABOGADO Y EL DERECHO DE DEFENSA	
POR JESÚS MANDRI ZÁRATE.....	69
XII. LA FUNCIÓN REGISTRAL	
POR CLAUDIO JARILLO GÓMEZ.....	76

PRESENTACIÓN

Después de bastantes años tratando cuestiones jurídicas o sociales relacionadas con el mundo del derecho, nos apercebimos de que aún no habíamos tratado, probablemente, el derecho clave: el de acceder y obtener Justicia.

Por eso, la Comisión Deontológica de Juristas, Padres del Colegio Retamar, ha abordado en esta ocasión, un tema que constituye, en todo Estado moderno, la última garantía ante los problemas y atropellos que puede sufrir cualquier ciudadano: el derecho a la justicia.

La lucha contra la injusticia, es un deber moral, que a todos nos obliga, porque, como ha dicho el Papa Francisco, la “*injusticia es el mal consentido*” y ante ello no podemos quedarnos al margen, pues la justicia no es asunto exclusivo de los juristas sino virtud a adquirir por todas las personas, derecho ciudadano y *desideratum* por el que pelear día a día.

Esa “patología social”, a cuya curación se encaminan los esfuerzos de quienes administran Justicia y colaboran con ella, requiere conocer más lo que es la denominada “tutela judicial efectiva”, los profesionales que trabajan en torno a la misma y cuestiones que no dejan indiferentes a nadie, como ¿por qué tarda tanto?, ¿cuál es su coste? o ¿qué es realmente una sentencia?

Además, en este número, existen trabajos sobre la Justicia constitucional, la Justicia internacional o el impacto de las nuevas tecnologías en el mundo jurídico que proporcionan conocimientos indispensables para entender toda esta temática.

Por todo ello, estamos seguros de que esta nueva publicación en la que como en otras ocasiones, colaboran desinteresadamente, relevantes juristas ligados a Retamar, va a ayudar a comprender mejor el mundo de la Justicia, ese objetivo a alcanzar a partir de la ley, que es el puente obligado para transitar desde el problema a su solución pacífica.

Marzo de 2017

Eduardo de Urbano Castrillo
Coordinador

I. JUSTICIA Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

JUAN ORTIZ-ÚRCULO
EX-FISCAL GENERAL DEL ESTADO. ABOGADO

LA JUSTICIA

Significado y consecuencias de la Justicia

La justicia, “lo justo”, “el dar a cada uno lo suyo”, es algo que corresponde a los jueces, pero dentro de la ley. Sin respeto a la ley, no hay Justicia en la democracia constitucional nuestra, porque los jueces también están sometidos a la ley: “sometidos únicamente al imperio de la ley” (artículo 117 CE).

En España, si un juez tiene dudas o cree que una ley es inconstitucional tiene que acudir al Tribunal Constitucional (TC) —cuestión de inconstitucionalidad— para que sea el TC quien declare la constitucionalidad o no de la ley, o parte de ella.

Cuando un Juez aplica la ley a un caso concreto, que para eso está y no para dictar normas de carácter general, debe hacerlo acomodando la ley a las circunstancias concurrentes, y esa interpretación, junto con otras resoluciones sobre la misma ley, integra lo que se llama “jurisprudencia”. Las leyes también son

estudiadas e interpretadas por quienes se dedican al derecho (Universidades, etc), y sus estudios científicos sirven a los legisladores y a los jueces.

El respeto a la ley es pues fundamental para la Justicia. Sin embargo las leyes no son Derecho, porque el Derecho es lo que resulta de la interpretación constante de la ley por los jueces, fundamentalmente, pero también por la doctrina científica.

Cuanto mejor y más duraderas son las leyes, mejor han podido estudiarse y mejor se conoce la interpretación constante que de ellas hacen los jueces y tribunales. Esto proporciona seguridad jurídica al ciudadano que más o menos sabe a qué atenerse cuando acude a los órganos judiciales; la Constitución garantiza la seguridad jurídica (artículo 9. 3 CE). Pero una continua reforma de la leyes, muchas veces por cambios políticos y las más por su precipitada redacción y poca calidad (vg.; el CP de 1995 ha sido modificado hasta la fecha por L.O. treinta veces) produce el efecto contrario: la inseguridad. Sobre todo cuando no se limitan los

cambios legislativos a mejorar la ley que se ha estado aplicando en los defectos que se apreciaron, sino a introducir una nueva.

Es esta una situación que lamentablemente hoy vivimos en España, y que la convierte, más que en un Estado de Derecho (que es lo que quiere el art. 1 de nuestra CE), en un Estado de Leyes. Hoy los estudiosos del Derecho, por mucho que se esfuerzen, solo llegan a conocer la nueva ley, pero ni mucho menos a digerirla, a descubrir sus secretos, a criticarla y a aplicarla en el sentido querido por los jueces.

Y es tan importante mantener el Estado de Derecho, que los viejos y experimentados juristas hablan más del Derecho que de la Ley. Un conocido magistrado mayor, decía: “yo cada vez conozco menos la Ley y más el Derecho”. Entiéndase bien: quería decir que lo importante para juzgar no es tanto la ley como lo que, tras su estudio, se ha interpretado mayoritariamente de ella. Y con parecido sentido, un antiguo fiscal y catedrático afirmaba: “hay que conocer bien las leyes para olvidarlas después, cuando se aplican”; nuevamente entiéndase, en el sentido de rechazar la aplicación literal y mecánica de la Ley (alejada del sentido común y de las circunstancias del caso), *no de rechazar la Ley*.

Después contaré asuntos reales donde creo que estas cosas se apreciarán con mayor claridad: casos en los que el Legislador provoca confusión (vg.; responsabilidad penal de las personas jurídicas, en nuestro Código Penal); y casos en que los jueces no aplican o interpretan la ley, sino que se apartan de ella (cierre del espacio aéreo: Contencioso -administrativo: AENA).

Y es que, en definitiva, por muchas y buenas leyes que existan, si los jueces no las aplican razonablemente, *no juzgan y hacen ejecutar lo juzgado con urgencia y firmeza*, la Justicia tampoco se consigue.

El equilibrio entre “Ley y Jueces” es, por consiguiente, esencial. En la organización jurídica de origen romano, como es la nuestra, en nuestro actual sistema político y constitucional, el Legislador y los Jueces han de estar cada uno en su sitio. (Ver Revista NOTARIO, julio-agosto 2016, n° 68, pág. 6 “activismo

judicial”, del notario Ignacio Gomá Lanzón). No vale hacer Derecho *fuera* de la ley o *completando* la Ley, “en aras de una solución pretendidamente más justa”, porque los jueces están sometidos a la Ley, y solo deben interpretarla *razonablemente* para aplicarla al caso concreto que les ha sido sometido, y no para crear normas de carácter general y de futuro, por muy buenas que a ellos les parezcan, porque para eso está el legislador.

La justicia es algo natural y necesario

La Justicia deriva de la naturaleza del ser humano. Es el deseo que tiene toda persona que se siente perjudicada u ofendida, de reparar la ofensa sufrida, bien a su persona como a su patrimonio. La justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, *lo justo*, según la ley. (Recomiendo a quien no la haya visto la película inglesa “El caso Winslow”, de David Mamet).

Desde que los seres humanos decidimos que no era bueno “tomarse la justicia por su mano” y cedimos esta necesidad al Poder Público (al Estado) —no me consta que todos lo hayamos hecho...—, los Jueces, con la ley, cumplen esa función —aunque no siempre lo hagan—; no somos perfectos.

Sin embargo, lo que está demostrado es que, sin pretensiones de lograr la perfección, el funcionamiento anormal, lento y, en todo caso, ineficaz de la Administración de Justicia, y por lo tanto de la propia Justicia, no impide que ésta siga siendo una exigencia imprescindible para el ciudadano, y que deba respetarse, actualizarse y perfeccionarse al máximo; porque, al igual que el agua se escapa por cualquier grieta, si los canales “oficiales” no funcionan, la justicia busca sus caminos, y sin parar construye sistemas que sustituyen al “oficial”, al público, aunque aquellos le causen al ciudadano “graves humedades” siempre preferibles al “estancamiento”. Así surge el arbitraje o quizá otras formas menos admirables, como los acuerdos extrajudiciales que, aunque resuelven en cierto modo el problema, siempre lo hacen a favor del que quebrantó la ley, rompiendo además educacionalmente los básicos

principios de prevención general y especial, no solo necesarios en materia penal, sino en las demás situaciones de la vida.

Una buena Justicia pública es más barata y más justa, porque no repara únicamente el daño concreto causado por la vulneración de la ley, sino que proporciona seguridad a las transacciones comerciales nacionales e internacionales, evita muchos gastos innecesarios y, en definitiva, consigue que la sociedad se desarrolle ordenada y pacíficamente, de manera naturalmente pacífica, y dota de igualdad a los que la reclaman.

Para que eso suceda, es fundamental que el Estado sostenga una eficiente *Administración de Justicia* (aparato del que viene *la Justicia*), dotándola de independencia real, personal y económica, de medios de trabajo personales y materiales suficientes y capaces, de leyes que respeten los derechos fundamentales, como el derecho de defensa, el de igualdad de armas en el proceso, el de presunción de inocencia; y protegiéndola de los que “no son partidarios”.

Y esto debería conocerlo todo ciudadano, para comprender y aceptar que una adecuada *Administración de Justicia*, y por ende, una buena *Justicia*, también hay que pagarla, y para saber que una mala Administración de Justicia termina siendo “muy cara”, como todo lo malo, y muy injusta.

LA JUSTICIA EN ESPAÑA

De manera muy breve y limitada, pero estimo que necesaria, voy a referirme a ciertos aspectos de nuestra actual *Administración de Justicia*, esenciales y que hoy se discuten con motivo de los cambios que se quieren introducir para mejorarla.

1. Para empezar debo recordar que **nuestra Constitución** considera a la Justicia como un valor superior del ordenamiento jurídico. Por eso lo coloca en su artículo 1 y dedica un Título, el VI, a lo que llama Poder Judicial (PJ); que es uno de los tres poderes del Estado. Y en ese Título, entre otras cosas, afirma:

- que los Jueces y Magistrados integran el PJ, y que son independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley (117).

- que “es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales” (118).

- “que las sentencias serán siempre motivadas” (120).

- que el CGPJ (122. 2) es el órgano de gobierno del mismo [poder judicial], lo que indica que aquel órgano ordena el funcionamiento de los jueces y magistrados, pero “el poder judicial” lo sustentan éstos.

2. **El Consejo General del Poder Judicial** (CGPJ) se compone: del Presidente del TS, que lo presidirá, y de veinte miembros nombrados por el Rey por un periodo de cinco años; de los cuales, “doce entre jueces y magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ); cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados y cuatro a propuesta del Senado, elegidos *en ambos casos* por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio profesional”.

La primera interpretación que se hizo de la CE en relación con la propuesta (el nombramiento corresponde al Rey) de los Vocales del CGPJ, fue la de entender que los doce jueces y magistrados que la Constitución señala serían propuestos por sus propios compañeros, y que el resto de los Vocales, abogados y juristas, en número de ocho, se propondrían por el Congreso de los Diputados y por el Senado —cuatro y cuatro respectivamente—. Así se constituyó el primer Consejo.

Pero la LOPJ de 1985 estableció que *todos los miembros* del CGPJ serían elegidos por el Congreso y el Senado, y que los doce jueces y magistrados no debían ser elegidos por los propios jueces.

Esta interpretación de la CE que hizo la Ley de 1985 —muy criticada—, no fue considerada por el TC como la más adecuada para la independencia de la Justicia (véase la STC 108/1986 que resolvió el recurso de inconstitucionalidad planteado en su día).

Y es que, como dijo el Tribunal Constitucional en su sentencia, la elección de todos los vocales del CGPJ por los políticos, no sería congruente con la independencia que necesita el órgano para realizar su trabajo y defender y respetar la independencia de los jueces, porque el CGPJ podría influir en ellos, al ser quien elige a los altos cargos de la carrera judicial -magistrados de TS, entre otros-, se encarga de la formación de los jueces, y posee la función de inspeccionarles y sancionarles disciplinariamente, en su caso, además de otras delicadas actuaciones que afectan a la administración de la Justicia.

Pero ningún partido político ha tenido en cuenta esa sentencia del TC ni ha modificado *sustancialmente* hasta el presente lo dicho en el año 1985 por la LOPJ, por más que se hayan cumplido con creces los malos augurios que ya anunció el propio TC.

3.- Otra cuestión de interés es *la sustitución del Juez de Instrucción por el Fiscal Instructor*, dejando a cambio un llamado Juez de Garantías que resolvería aquello que afectara en la Instrucción a los derechos fundamentales, tanto procesales como sustantivos, o a otras reclamaciones de las partes, no bien definidas.

Se ha criticado la figura del Juez instructor por su “excesivo poder”; por el apasionamiento que conlleva la instrucción y su influencia al tomar decisiones tan relevantes como la privación de la libertad de las personas; por su incompatibilidad con un modelo o sistema acusatorio pleno, que debe alcanzarse; y, porque los Jueces están en la CE “para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”, no para instruir. Y, como en tantas ocasiones, también en esta, se arguye que “en casi todos los países se ha dado la instrucción al MF”.

No puedo compartir estos argumentos. *El llamado “poder” de los Instructores* ha sido traído a veces a colación por quienes lo han sufrido a consecuencia de sus propias acciones y prefieren que sea alguien, *según ellos* más manejable, que lo ejerza, por ejemplo, el Ministerio Fiscal en su actual configuración, o en otra peor. Son recelos que flotan en el ambiente, un poco parecido –salvando las distancias- a lo que ocurre con los aforamientos.

Otros, generalizan lo que *muy pocos* Jueces, pero al fin y al cabo Instructores, han hecho con abuso de su competencia, vulnerando importantes derechos fundamentales e incluso incurriendo en delito.

Los Jueces, y si los Fiscales fueran instructores, también, claro que tienen poder, y más lo poseen los jueces que pueden condenar, pero esa clase de “poder” debe ser y lo es para contribuir a hacer justicia. Y en ese sentido es un poder responsable y por lo tanto decididamente respetable y necesario.

La tan manida contaminación del Juez Instructor y el nuevo modelo acusatorio tampoco constituyen hoy una razón de peso que justifique la supresión de aquel órgano judicial. La lectura de muchas sentencias del Tribunal Constitucional y la experiencia de estos años, antes y desde la reforma del procedimiento abreviado, revela cómo se ha venido influyendo subliminalmente en la mentalidad de los Jueces de Instrucción para lograr en ellos una exigible pasividad o no iniciativa investigadora en los procesos penales, en aras de aquel modelo acusatorio “tan esperado”, si bien contrario al mantenido y vigente hasta la fecha por la LECr (arts. 303 y ss, 758 y ss). Desde hace ya mucho tiempo, y salvo raras pero vistosas excepciones, que siempre las hay, el Juez de Instrucción ha dejado la iniciativa al Fiscal: la frase: “pase al Fiscal para que proponga, solicite, etc” ha causado estado. Y es que, hasta “el indeciso legislador” ha entendido que esa iniciativa de las acusaciones era imprescindible en un modelo o sistema acusatorio que se nos venía encima y que ya anunciaba en 1882 nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su exposición de motivos; así, por ejemplo, el actual art. 505 solo permite a los jueces acordar la prisión provisional si, tras una audiencia, lo insta alguna de las partes. Los Jueces de Instrucción, por lo tanto, hace tiempo que no se apasionan, si es que lo hicieron alguna vez, ni tampoco se contaminan cuando a instancia de parte dictan sus resoluciones: Así lo afirmó el TC desde que declaró constitucional la actuación del Juez instructor cuando acordaba privaciones de libertad a instancia del Fiscal en los albores de la reforma de los antiguos Tribunales Tutelares de Menores, por ejemplo.

Pues bien. En estas circunstancias, para qué dar la instrucción al Fiscal. Por qué no consagrar legalmente un sistema o modelo, ya iniciado por nuestra jurisprudencia, que convierta al Juez en el árbitro de la Instrucción y no en el motor de la misma. No es más lógico que *arbitre* la instrucción un Juez, llamado a *resolver*, que no un Fiscal que, por su propia naturaleza y por muy cualificado que se le considere, ha de ser *una parte del proceso* y tiene por función “promover la acción de la Justicia”. Hasta las frases que se emplean en esa incipiente reforma son contradictorias: no sé por qué se llama *Policía Judicial* a la que quieren poner al servicio del Fiscal, nada menos que orgánicamente dependiente de él. Debería llamarse mejor *Policía del MF, o al servicio del MF*. Pero entonces, cómo se defenderá la igualdad de las partes –igualdad de armas– en la instrucción del proceso penal. Y cómo será real la unidad del MF, que actuará como *supuesto* árbitro de la instrucción y, después como *parte procesal* en el juicio.

Otros argumentos que se usan para introducir la reforma me convencen menos. Que según el art. 117. 3 de la CE “*el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales*”, no significa que quede excluida para los Jueces la función de *instruir*. Los Jueces están llamados a *resolver*, y ese es claramente el sentido de la palabra “*juzgar*”. ¿O es que los Jueces no resuelven más que cuando enjuician un caso y dictan sentencia?

También se alega por los defensores de esta reforma que la Institución del MF puede dar mayor agilidad y eficacia a la instrucción de los procesos penales, debido a los principios a que está sometida aquella Institución, de unidad y dependencia jerárquica. Pero ocurre que esa agilidad se lograría igual con los Juzgados, si se les dotara de unos medios tecnológicos de los que hoy carecen y de una intranet en todo el territorio nacional; y, además se evitarían los recelos que ya hemos advertido antes.

Que otros ordenamientos jurídicos han entregado la instrucción al Fiscal no significa que de-

bamos miméticamente hacerlo nosotros. Mientras la Administración de justicia no se unifique en Europa, o en el mundo, España tendrá que velar por la suya, de acuerdo con el conjunto de su propio ordenamiento y con las mejoras que en el mismo sean razonables.

Porque, si lo que quiere es “mirar hacia fuera”, tráigase el modelo completo y no solo “un poquito” del mismo.

Todo esto, sin contar con las previsibles dilaciones que habrá de ocasionar el llamado Juez de Garantías, por la constante necesidad de acudir al mismo las partes y el MF (instructor), y la indefinición que existe sobre las funciones de aquel, que no se limitará a las garantías sobre derechos fundamentales, pero tampoco se sabe hasta dónde llegará su misión, aunque nunca llegue a ser árbitro de la instrucción.

4.- El Ministerio Fiscal (MF). La doble circunstancia de que el MF carezca de presupuesto propio y que el FGE sea propuesto por el Gobierno de turno, hace imposible convencer al ciudadano de que se trata de una Institución independiente del poder político e imparcial, que de manera objetiva defiende sus derechos e intereses. Máxime cuando la jerarquización interna de la Institución desde la cúpula, desde el FGE, se ha extendido a todos los miembros, sin paliativos.

Y es que la independencia de la Justicia no solo resulta menoscabada cuando no se garantiza directamente la de los Jueces, sino también cuando se logra con la ley que lo que llegue a su conocimiento *dependa de otro* (el Fiscal) que ofrezca la apariencia de moverse por razones de oportunidad, de ideología o con cualquiera de los llamados *criterios políticos (uso alternativo del Derecho)*.

La referencia a las “apariencias”, afecta tanto a Jueces como a Fiscales, porque cada uno, desde su función, puede dar una u otra imagen, enaltecer o denostar la Justicia. Algunas retiradas de acusación por MF, incomprensibles, que obligaron al Tribunal a absolver, o condenas de asuntos importantes logradas sin el MF, no favorecen precisamente aquella idea de independencia de la Institución.

Como Tampoco proporciona tranquilidad el que se anuncie constantemente el cambio de la instrucción para el Fiscal y, solo *después*, y sin mayores explicaciones, se aluda a la modificación de su Estatuto, cuando lo importante es esto último. O quizá, al menos, crear contrapesos eficaces que hagan posibles sus irrenunciables funciones.

EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El art. 24. 1 CE dice: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

El derecho referido se aplica a todos los procesos judiciales y, aunque contiene exigencias comunes, también lleva ciertas especialidades según la clase de proceso: penal, civil, contencioso o laboral.

El TC ha definido, entre otras, las siguientes vertientes de este derecho fundamental:

1.- Derecho de acceso a la jurisdicción

Acceder a los jueces, para que los ciudadanos puedan reclamar sus derechos, es algo que ni la ley ni los propios jueces deben impedir de manera innecesaria o excesiva. Por eso este derecho opera frente al legislador y frente a los órganos judiciales.

Este derecho lo regula la Ley; por eso se dice que es “de configuración legal”; y la ley puede exigir el cumplimiento de ciertos presupuestos formales como paso previo para que el Juez examine la pretensión y la resuelva. En esos casos, la resolución sobre el trámite previo de admisión de la pretensión (examen de los requisitos formales) cumple el derecho de tutela judicial, aunque no se haya entrado sobre el fondo: Vg.; Los casos de inadmisión a trámite de una demanda o de una querrela.

El derecho de tutela opera frente al Legislador, prohibiendo la aprobación de normas que impongan condiciones impeditivas o que obstaculicen el acceso

a la jurisdicción, si los obstáculos legales fueran innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador: vg. las tasas judiciales desproporcionadas que impidan de facto el acceso a la justicia.

Frente a los órganos judiciales, opera como exigencia de que interpreten los preceptos de acceso a la jurisdicción de manera motivada, razonable, no arbitraria, no incurso en error patente y, sobre todo, lo hagan bajo el principio *pro actione; es decir, a favor del acceso a la jurisdicción*.

Algunos ejemplos pueden servir para entenderlo:

- Las acusaciones particulares —los perjudicados por un delito— tienen derecho de tutela, y por ello a que se les haga el ofrecimiento de sus acciones para personarse en un proceso, mostrarse parte y solicitar sus reclamaciones. Por tanto, una deficiente o falta de información judicial sobre el ofrecimiento de acciones pudiera constituir una lesión del derecho de tutela.

- Puede resultar lesivo para la acusación popular el derecho de tutela cuando, pudiendo legalmente acceder al proceso, se la exijan condiciones que sean obstáculos innecesarios para ello. Por ejemplo, la exigencia de fianzas desproporcionadas.

- En el proceso contencioso administrativo: es contraria al derecho de tutela judicial, la desacumulación y rechazo de la demanda presentada con muchas pretensiones de perjudicados, para obligar, sin explicación fundada en derecho, a que se presente cada pretensión como una demanda independiente (caso AENA, que luego ampliaremos).

2.- Derecho a una resolución fundada en derecho congruente con las pretensiones de las partes.

La afirmación de que las resoluciones judiciales deben ser motivadas no significa que sea bastante un razonamiento cualquiera, sino que, como subraya la CE, han de ser fundadas en derecho. Y el fundamento en Derecho quiere decir que la motivación

ha de arrancar de la ley. Esto alcanza a cualquier jurisdicción.

Al respecto, quiero traer aquí un ejemplo que considero paradigmático, ya citado antes (AENA), y definitivamente concluido. El que el Juzgado n° 1 de la Audiencia Nacional, de lo contencioso administrativo (C-A), acordó la desacumulación de quince mil pretensiones idénticas para obligar a convertirlas en quince mil demandas C-A, con el argumento de que *la cuantía de las indemnizaciones podía ser distinto*, a pesar de que, como le dijo el TC en la sentencia que otorgó el amparo, la Ley no preveía semejante requisito para desacumular, sino otros –“*mismo acto*”, “*idéntico objeto*”, etc- que el juez no tuvo en cuenta y que el Tribunal recuerda. Lo que después dijo de contrario el propio TC, no viene al caso.

También las resoluciones han de ser motivadas, en el sentido de no ser irrazonables, arbitrarias o incuras en error patente.

Y ha de ser congruentes con las pretensiones de las partes, esto es, que no han de separarse de esas pretensiones ni en más (*incongruencia extra-petita*), ni en menos (*incongruencia omisiva*).

3.- Derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales.

Los jueces no pueden modificar sus resoluciones cuando sean firmes, salvo los casos previstos en la ley, como la aclaración de errores materiales.

4.- Derecho a no padecer indefensión.

Ha de tratarse de efectivo menoscabo del derecho de defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo.

CONCLUSIÓN

Lo dicho quiere ser un resumen de la Ley, de ciertas resoluciones judiciales y de mis ideas sobre las bases de la Administración de la Justicia (que llamamos con frecuencia “Justicia”, para abreviar).

Con el fin de mejorarla y enmendarla cito ciertos ejemplos, que para mí son negativos, pero que de ningún modo representan a la total a la administración de justicia española, cuyo deficiente funcionamiento, cuando ocurre, responde sobre todo al abandono con que ha sido tratada siempre por el Poder político, y a veces maltratada u olvidada por el mismo.

II. ¿POR QUÉ LA JUSTICIA TARDA TANTO?

POR BLAS CAMACHO GONZÁLEZ
ABOGADO

Decía un sabio pensador que *“Nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía”*¹

Recuerdo jugar en el despacho de mi padre cuando era pequeño; me entretenía con las Diligencias y notificaciones que habían quedado inservibles y los utilizaba para dibujar y hacer aviones, también servían para ese fin las copias de demandas realizadas en papel cebolla y que se autocopiaban con un misterioso papel carbón cuando se tecleaba en una moderna máquina de escribir, no había fax, ni fotocopidora, ni ordenadores. Encima de su mesa, en aquella en la que una temporada estuvo trabajando el primer Presidente de la Democracia española, tenía un reloj de arena y me quedaba perplejo dándole la vuelta y viendo caer la arena poco a poco.

Hoy me transporto de nuevo a ese recuerdo, pero lo veo con ojos diferentes. La arena del reloj no deja de caer. El tiempo no se detiene y la justicia poco a poco se ahoga en bloques de expedientes sin tramitar que

inundan los suelos de los juzgados como si de castillos de arena se trataran. Procedimientos que se dilatan tanto en el tiempo, que desde que se inician hasta que finalizan puede transcurrir más de una década. Entre medias, el sujeto involucrado en el procedimiento puede haber experimentado cambios tales en su vida, como el nacimiento de un hijo, una boda, un cambio de trabajo o domicilio e incluso el fallecimiento. En definitiva, el tiempo no se detiene, la vida sigue y mientras tanto, el reconocimiento de un derecho o la determinación de culpabilidad o inocencia del sujeto, duerme años y años en los estantes judiciales.

Revisando el calendario de Outlook, me he sorprendido dando vueltas a una idea. Y me sorprende que hoy no llame la atención, con alarma social, recibir señalamientos para el año 2020.

¿Nos hemos acostumbrado a ello? ¿Cómo hemos llegado a esta situación?

El cliente pregunta y la respuesta siempre es... *“ya sabes, la justicia lleva su tiempo; en el mejor de los casos uno o dos años”*.

¹ Lucio Anneo Séneca (2 aC.-65 dC).

Parece una contradicción en sí misma: “el Derecho a una Justicia justa”. El adjetivo debería ir implícito en la palabra Justicia y sin embargo, la sociedad sigue haciendo eco de la necesidad urgente de acortar los plazos a través de redes como Twitter, en la que por medio del hashtag *#justiciatardianoesjusticia*, el colectivo defiende sus derechos y lanza mensajes con capturas de pantalla de extractos de distintas Diligencias. Señalo algunas a modo de ejemplo:

“Dado que la agenda de señalamiento está completa, quede *en suspenso hasta que haya fecha* y por turno le corresponda”

“Estése a la espera de poder acordar el señalamiento de vista *atendidas las razones de servicio, considerando la sobrecarga y circunstancias* que pesan sobre este Juzgado y cuando razones de agenda lo permitan”

“Queda en suspenso el señalamiento de la causa debido a la *excesiva acumulación de asuntos pendientes*”

Sin duda resulta escandalosa la Diligencia de constancia que emite un Secretario Judicial (hoy Letrado de la Administración de Justicia) de Badajoz donde indica que *“no se puede cumplimentar el presente exhorto, toda vez que este órgano Judicial, no dispone de fotocopiadora y el Funcionario del Cuerpo de Auxilio está en situación de baja por enfermedad”*.

Y además de esto, hay demandas presentadas en 2014 y admitidas a trámite en 2016, o señalamientos para dentro de, por lo menos, 4 años.

Una justicia demasiado cara y demasiado lenta. Las estadísticas hablan por sí solas. El pasado 6 de octubre se publicó el informe bienal de La Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ), dependiente del Consejo de Europa sobre el funcionamiento de los sistemas judiciales en los países europeos, entre ellos España.

El informe *“European judicial systems. Efficiency and quality of justice 2016”* recoge datos cuantitativos y cualitativos que subrayan tendencias, como los efectos de la crisis económica en los presupuestos para los sistemas judiciales.

En el caso de España llama la atención que el número de jueces por cada 100.000 habitantes sea de 12, cuando la media de nuestros vecinos europeos asciende a 21.

Resulta relevante a su vez, el último informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial relativo al año 2015 en el que casi la mitad de los juzgados de España (1.695 de 3.894) sufren una sobrecarga de trabajo superior al 150%.

Analicemos entonces las razones que motivan estos resultados. Me atrevería a desggranarlo en ocho puntos:

1.- Complejidad de los asuntos y su mediación

Titulares como “Malaya”, “Gürtel”, “Nóos”, “Mercasevilla” o “Faisan”, todas ellas precedidas de la palabra “caso”, se han convertido en portada de periódicos y telediarios. Muchas de estas investigaciones empezaban en el año 2005 o 2009 y no ha sido hasta 10 años después que se ha emitido una resolución al respecto, si es que todavía no sigue pendiente. Una de las razones que justifican esta dilación es la complejidad y el entramado de las macro causas de corrupción en las que hay muchos sujetos implicados.

Sorprende sin embargo que otros casos muy complejos, como por ejemplo, el juicio del 11M, tardara solo tres años en investigarse y dictarse sentencia.

Debemos tener en cuenta que en los procesos de corrupción generalmente se pueden ver implicadas varias empresas, funcionarios, instituciones e incluso partidos políticos. Consecuencia de ello es que el inicio de una investigación desemboque en otros casos (véanse los casos Gürtel y Bárcenas) con todo lo que ello implica de cara al procedimiento en cuanto a investigación y gestión de la prueba.

2.- El impacto de la crisis económica

El impacto de la crisis económica en la actividad de los juzgados es clara. La destrucción de empresas,

despidos masivos y reajustes laborales tienen su inmediata repercusión en la actividad judicial.

Desde el año 2006 debido a la crisis económica hay una entrada masiva de asuntos, siendo los órganos mercantiles los más saturados y afectados por asuntos y clientes concursales, así como los juzgados de lo social como consecuencia de reclamaciones por despido.

Los concursos han sido, con diferencia, los que han crecido de una manera más dramática a consecuencia de la crisis. En el segundo semestre de 2007 el número de concursos presentados superaba al de los previsibles en un 29,8%, en 2008 la diferencia fue del 248,8%, y en los tres años siguientes superó ampliamente el 400%.

Es innegable que la crisis ha influido. Hay muchas más demandas, impagos, ejecuciones bancarias, pólizas impagadas y a todo ello se suman las nuevas sentencias del Tribunal Europeo, que permiten la revisión de oficio de determinadas cláusulas que antes no eran objeto de controversia.

Pero los afectados no han sido sólo los litigantes, sino que la crisis también acabó afectando al sistema judicial por los recortes y la falta de medios. Los Juzgados quedaban inundados de reivindicaciones por parte de los Funcionarios y las jornadas de huelga en la administración judicial durante 2008, acabaron bloqueando el tratamiento de los casos ante los tribunales. ¿Seguimos a día de hoy sufriendo las consecuencias de hace 8 años?

3.- Falta de medios personales y materiales

Según la última publicación de los Presupuestos Generales del Estado, el Ministerio de Justicia cuenta con un presupuesto de 1.577,67 millones de euros para 2016, lo que supone un incremento del 7,24% respecto del año anterior, y los gastos de inversión para la modernización tecnológica del sistema de Justicia crecen un 25,66%.

El proyecto de PGE preveía convocar 100 nuevas plazas de jueces y fiscales, con el fin de reducir las cargas de trabajo y mejora la atención de juzgados

y fiscalías. En los Presupuestos también se refleja la intención de convocar más de 2.000 nuevas plazas para los distintos cuerpos que prestan servicio para la Administración de Justicia.

A pesar de ello, parece que no resulta suficiente. Tenemos doce jueces por cada cien mil habitantes, cuando la media europea dobla esa cifra. Además, somos el país de Europa con mayor número de litigios por habitante, sólo hay que ver ciertos programas del corazón, de dudosa reputación, en los que un *famoso*, por no se qué, grita “... *lo voy a poner en manos de mis abogados*...” es curioso que siempre se refieran en plural cuando hablan de dichos profesionales.

Muchos de los Juzgados se caen a trozos, faltan medios como ordenadores, fotocopiadoras, e incluso... ¡aire acondicionado!

Cerrado por calor. Ése es el cartel que colgaban las oficinas judiciales de algunas provincias andaluzas, cuando el pasado mes de junio La Junta decretó el cierre parcial de los Juzgados sin aire acondicionado.

4.- Colapso por los casos “masivos”

Otro hecho notorio es que los juzgados de España empiezan a acumular un importante número de sentencias que analizan las operaciones de entidades financieras de bancos y cajas de ahorros en cuanto a los abusos en la venta de participaciones preferentes. Cerca de 4.000 juicios mensuales se celebran en toda España con motivo de esta “avalancha” de demandas.

5.- Jueces, personal de la Administración, abogados, clientes... ¿Quién tiene la culpa?

Tengo la impresión que, volviendo al símil que hacía al inicio, todos somos, en parte, uno de esos granitos de arena que poco a poco van haciendo aumentar la montaña que “ahoga” a la Justicia.

A modo de ejemplo, el hecho de que un juicio esté señalado para una determinada hora y dé inicio con retraso, comporta un grave perjuicio en las agendas

tanto del Juzgado y de los abogados como para el resto de personas que deben intervenir en dicha actuación. O el hecho de que se suspendan vistas por no haber recibido las pruebas anticipadas solicitadas, por ejemplo, respondería a la falta de diligencia de la empresa oficiada para ello.

Sin embargo, desde la perspectiva del papel que jugamos los abogados también debemos asumir que con cierta frecuencia recurrimos a “artimañas procesales” para retrasar el procedimiento en la medida que interese.

Recuerdo que hace unos años, un compañero me dijo: *“sea el asunto que sea, si no tienes razón, busca la forma de tenerla, y si aun así no encuentras un buen fundamento, trata de alargar los plazos del juicio “ad infinitum”. Quizás le den la razón al contrario, pero tan tarde que ya no importe”*.

6.- Cooperación Jurídica Internacional

El hecho de la lentitud en la justicia en España los litigios que finalmente son objeto de mediatización y polémica, como son la mayoría de casos de corrupción, suelen estar aparejados al blanqueo de capitales internacional, generalmente en paraísos fiscales. La cooperación judicial con terceros países suele ser compleja y hace demorar el procedimiento varios meses, e incluso años.

7.- ¿Es nuestro sistema procesal demasiado garantista?

Uno de los grandes interrogantes es si deberíamos limitar el número de recursos de los que actualmente disponemos.

Teniendo en cuenta que el 80% de las sentencias que se dictan en primera instancia son confirmadas en la segunda instancia, supone una gran inversión de recursos y costes para que al final solo dos de cada diez asuntos acaben siendo revisados. Nuestro sistema procesal tiene un exceso de garantías y fases procesales que favorece que se dilaten mucho los tiempos.

Parece sin embargo que se empiezan a introducir algunos cambios en el sistema. Recientemente hemos experimentado la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, la cual contiene una serie de medidas encaminadas a la agilización de la justicia penal con el fin de evitar dilaciones indebidas, y en concreto, en los plazos para la instrucción de causas penales.

En una entrevista que concedía el pasado mes de abril el Ministro de Justicia, don Rafael Catalá, decía que una de las tareas pendientes consistía en mejorar las leyes porque son muy antiguas y garantistas, con muchos niveles de recursos sucesivos. Hay que hacer una justicia más propia del siglo XXI, y al mismo tiempo fortalecer los sistemas de mediación, arbitraje y conciliación para, en vez de tener ocho millones de asuntos en la Justicia, tener seis millones.

8.- Justicia 2.0

La Justicia necesita una importante inyección de tecnología. Somos un sector muy antiguo, con procedimientos muy burocráticos y ello redundando en que todo sea más lento y complejo.

Aunque todavía no está al 100% activa en todos los juzgados de España, la reciente implantación de Lexnet al sistema judicial, comunicaciones electrónicas entre el Juzgado y los profesionales, ha supuesto un gran avance en cuanto a inversión en tecnología y actualización del sistema.

Como ejemplo podemos apuntar que un procedimiento ordinario de tipo medio, solamente en trámites, tarda 60 días, mientras que con la Administración electrónica son 19 días.

Pero, ¿estamos preparados para el cambio? porque me resulta sorprendente que hace algo más de 25 años, mi padre, también abogado en ejercicio, tuviera una comparecencia en el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (Luxemburgo) para defender el recurso de un cliente. La primera comparecencia con los Magistrados del Tribunal, se limitó a una conversación entre las partes y los Magistrados, con absoluta informalidad, cuando

regresó a Madrid, después de un largo viaje por los transbordos que había que realizar en aquella época, se encontró con un fax (entonces no había correo electrónico) del Presidente del Tribunal haciendo correcciones a la comparecencia que tuvieron el día anterior, le llamaron por teléfono del Tribunal y le dijeron que, existiendo el fax, no era necesario volver a Luxemburgo y así fue todo el procedimiento hasta la sentencia. Hoy en España, habiendo muchos más medios, no ocurre lo mismo.

Quiero resaltar que hace unos días, en la secretaría de un Juzgado, me llamó la atención escuchar el comentario de un funcionario, que comentaba con sus compañeros que tenía pensado solicitar la jubilación anticipada ya que no estaba dispuesto a aprender a usar este nuevo sistema de Lexnet.

Resistencia al cambio, rutina, temor a lo desconocido, inseguridad... Todas ellas son actitudes que muchos hemos sentido en cierta medida ante situaciones de cambio, pero debemos potenciar esta renovación si la misma sirve para que evolucione nuestro sistema judicial. Sería bueno implantar alguna iniciativa de formación que haga ver a los trabajadores más reticentes las ventajas de las nuevas herramientas para llevar a cabo su trabajo.

Tras exponer algunos puntos que se consideran fundamentales para evitar el retraso de la justicia, seguimos preguntándonos qué podemos hacer para garantizar el derecho a un juicio justo “dentro de un plazo razonable”, tal y como previene el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Las tremendas demoras de la justicia convierten al Estado de Derecho en algo meramente retórico, y nadie acepta excusas sobre falta de medios materiales y personales, o la sobrecarga de trabajo.

El año pasado el Tribunal Constitucional declaraba en la Sentencia 87/2015, de 11 de mayo, de manera tajante que “*por más que los retrasos experimentados en el procedimiento hubiesen sido consecuencia*

de deficiencias estructurales u organizativas de los órganos judiciales o del abrumador trabajo que sobre ellos pesa, esta hipotética situación orgánica (...) de ningún modo altera el carácter injustificado del retraso. (...) El elevado número de asuntos de que conozca el órgano jurisdiccional ante el que se tramita el pleito no legitima el retraso en resolver, ni todo ello limita el derecho fundamental de los ciudadanos para reaccionar frente a tal retraso, puesto que no es posible restringir el alcance y contenido de ese derecho dado el lugar que la recta y eficaz Administración de Justicia ocupa en una sociedad democrática (...)”.

Éste también es el criterio reiterado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y así en la Sentencia Lenaerts contra Bélgica, de 11 de marzo de 2004, la Corte de Estrasburgo razonaba que el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales «*obliga a los Estados contratantes a organizar su sistema judicial de tal forma que sus tribunales puedan cumplir cada una de sus exigencias, en particular la del derecho a obtener una decisión definitiva dentro de un plazo razonable*”.

Analizados estos factores, podemos concluir que nuestra justicia “tarda” tanto por culpa de todos, o tal vez de nadie, pero alguna solución habrá que encontrar, porque una cosa es clara, y es que el tiempo no se detiene.

Me gustaría acabar mi reflexión con un fragmento que leí en el libro del escritor Eduardo Galeano, “Diagnóstico de la Civilización”:

“En algún lugar de alguna selva, alguien comentó:

Qué raros son los civilizados. Todos tienen relojes y ninguno tiene tiempo.”

¿Y si todos sincronizamos nuestros relojes de sociedad civilizada para poder desbarnos del estigma de justicia-tortuga y garantizamos un verdadero Estado de Derecho sin excusas?

III. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

POR RAFAEL CABALLERO SÁNCHEZ
LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EL SENTIDO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

En los sistemas jurídicos continentales como el nuestro la Justicia es especializada, de manera que los Juzgados y Tribunales encargados de administrarla están organizados según el tipo de conflictos que resuelven y según el tipo de personas entre los que se plantean esos conflictos. Contamos así con órganos jurisdiccionales civiles, penales, contenciosos, sociales, e incluso militares, con algunas especialidades dentro de ellos.

Por encima de estas jurisdicciones que integran lo que se conoce como la Justicia ordinaria, ha surgido de manera más reciente, en España y en muchos otros países, la llamada jurisdicción constitucional, que a pesar de su denominación no forma parte del poder judicial, es decir, de ese tercer poder del Estado de acuerdo con el esquema clásico de división de poderes dibujado por Montesquieu, junto al legislativo y al ejecutivo, cuya función es resolver de manera

imparcial y de conformidad al Derecho las disputas que surjan entre cualquier tipo de personas dentro de nuestro Estado. En cambio, la Justicia constitucional, que está servida por un único órgano¹, el Tribunal Constitucional, tiene un cometido específico y concreto, diferente del propio del poder judicial: garantizar la efectiva prevalencia de la Constitución como norma que preside el ordenamiento jurídico.

1 Con la Constitución federal austriaca de 1920, cuyo borrador fue redactado por Hans Kelsen, nació el primer Tribunal Constitucional (arts. 137 a 148) u órgano especializado en el control de la conformidad de las leyes a la norma fundamental. Desde entonces se ha ido generalizando en los sistemas jurídicos de los Estados modernos ese modelo de control concentrado de constitucionalidad. Pero el origen de la justicia constitucional, que se suele situar en la célebre Sentencia del Tribunal Supremo norteamericano *Marbury versus Madison* de 1803 del no menos célebre juez Marshall, parte de un modelo de control difuso de la constitucionalidad de las leyes (es decir, por los tribunales de justicia en general), que sigue vigente en el mundo anglosajón. Existen también sistemas mixtos, como el vigente en la República Dominicana.

En efecto, la Constitución es una norma jurídica, que además es jerárquicamente superior a todas las demás (incluso a los Tratados internacionales que tenga suscritos nuestro Estado, pues tales instrumentos sólo rigen en España del modo y manera en que la Constitución permite la adhesión a los mismos, de manera que las prescripciones en ellos contenidas pueden ser declaradas inconstitucionales, y sólo previa modificación constitucional podría suscribirse y ratificarse válidamente un convenio internacional que contenga estipulaciones incompatibles con la Constitución), y que constituye la pieza en la que se sustenta todo el edificio jurídico y político de nuestro Estado.

Como digo, esta configuración de la jurisdicción constitucional en un nivel diferente al de la jurisdicción ordinaria es relativamente reciente. Las Constituciones son instrumentos de nuevo cuño, surgidos con la superación del llamado antiguo régimen (a raíz de la revolución francesa en Europa y de la independencia americana en Norteamérica), que inicialmente tuvieron un cariz sobre todo político y programático, pero que en el siglo XX, y en especial tras la segunda guerra mundial, fueron dotadas de verdadera fuerza jurídica con todas sus consecuencias². De hecho, ése es el sentido de la erección de los distintos Tribunales y Cortes Constitucionales dentro de ellas: la configuración de un órgano específico y al máximo nivel con la función de asegurar el acomodo del funcionamiento de todos los poderes del Estado a la norma fundante del sistema. El Tribunal Constitucional es así el guardián de la Constitución, y para ello es erigido como el máximo intérprete de la misma (no el único, ya que todos tienen la obligación de aplicarla, y por tanto de interpretarla, pero sí es el que resuelve de manera definitiva las dudas que puedan surgir) y se le encomienda la administración de la justicia constitucional para depurar los actos,

2 Lo explicó de manera magistral Eduardo García de Enterría en su célebre obra *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, recién aprobada nuestra Constitución de 1978. El libro ha llegado hasta su cuarta edición con Thomson-Cívitas en 2006.

decisiones y normas, incluso de rango legal, que no sean conformes a la llamada Norma Fundamental.

LAS FUNCIONES DE NUESTRO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Toda Constitución, para merecer ese nombre, debe constar de dos elementos inexcusables: una tabla de derechos fundamentales y una organización democrática de los poderes del Estado. Estos componentes se corresponden con la llamada parte dogmática y la parte orgánica de la Constitución. En el caso de la española, la primera se concentra en el Título Preliminar y el Título I (arts. 1 a 55), que contienen la proclamación de las divisas esenciales de nuestro Estado social y democrático de Derecho y el listado de los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos. A partir de ahí se desarrolla la parte orgánica, que desbroza la arquitectura básica de los poderes públicos y de sus funciones (la Jefatura del Estado y la división de poderes entre las Cortes, el Gobierno de la Nación y el Poder Judicial), caracterizada por su intensa apertura a la descentralización territorial (el célebre Título VIII, tan polémico, que diseñó la formación del denominado Estado de las Autonomías). La configuración de todos esos órganos constitucionales se cierra precisamente en el Título IX con la introducción de una pieza novedosa en nuestra tradición constitucional -sólo precedida por el espurio Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República-: el Tribunal Constitucional (arts. 159 a 165). Por último, la Constitución ofrece un apartado final sobre los procedimientos de reforma de su articulado, que corroboran de manera indudable su fuerza vinculante como norma jurídica, y que, a pesar de su indudable rigidez al servicio de la estabilidad y del consenso, constituyen una garantía democrática precisamente frente a quienes quieren transformar unilateralmente la configuración de nuestro Estado, apelando a una voluntad popular que, además de ser parcial, carece de legitimidad cuando se ejerce extramuros del sistema que nos hemos dado todos.



De acuerdo con esos grandes bloques de la Constitución, las funciones del Tribunal Constitucional, que es su guardián, vienen a ser básicamente tres:

- La tutela de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo.
- La adecuación de las leyes a la Constitución a través de los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad.
- La determinación de qué poder debe ejercer cada competencia pública a través de los conflictos de competencia.

No es posible ofrecer aquí una explicación detallada de esas tareas, que se puede encontrar en cualquier manual de Derecho constitucional y que están complementadas por algunas otras atribuciones, pero sí quiero aludir a algunos trazos esenciales, que abren paso a ciertos comentarios que me parece conveniente destacar, sobre todo en relación con el respeto a los derechos fundamentales de las personas³.

LA RESTRICTIVA TUTELA DEL RECURSO DE AMPARO

La primera idea es, sencillamente, subrayar que

³ Hay también otros aspectos de la configuración constitucional de este órgano que merecerían atención y comentario, pero que no es materialmente posible desarrollar aquí. En especial, están los aspectos institucionales del Tribunal, como es su composición (12 magistrados, con un mandato de 9 años) y, sobre todo, su forma de nombramiento. Se suele afirmar que el Constitucional está politizado, y es innegable que la designación de sus miembros (dos por el Gobierno, cuatro por el Senado, cuatro por el Congreso, y dos por el Consejo General del Poder Judicial) conduce a ello, a pesar de las mayorías de tres quintos que se exigen en las cámaras parlamentarias. No es fácil diseñar un mecanismo que lleve a su profesionalización, por ejemplo dando mayor peso al estamento judicial (en la práctica, los que debe designar el CGPJ se reparten sin más entre las dos asociaciones profesionales de jueces y magistrados más representativas, y que tienen una orientación progresista y conservadora, respectivamente). Aparte de que en países tan señeros como Estados Unidos también se rigen por un sistema de nombramiento político, en el que la ideología del candidato es decisiva, aparte de su cualificación profesional.

el recurso de amparo no es ni la única ni la principal vía de tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino sólo un remedio subsidiario, que actualmente tiene un carácter excepcional.

En realidad, todo el sistema judicial está organizado para dar protección a los derechos subjetivos e intereses legítimos de cualquier justiciable, y entre ellos de modo preeminente a sus derechos fundamentales, que son los recogidos como tales en el Capítulo II del Título I de la Constitución, que se abre con el art. 14, que consagra el derecho a la igualdad, y se bifurca en dos Secciones, que van desde el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15), hasta la libertad de empresa (art. 38)⁴. De hecho, el recurso de amparo sólo protege algunos de estos derechos (arts. 14 al 30 CE), que constituyen el *núcleo duro* de los derechos fundamentales, y lo hace de manera subsidiaria, como último remedio en caso de que las vías judiciales previas no hayan reparado la vulneración cometida por algún poder público, o incluso la hayan producido ellas directamente al resolver cualquier proceso. De hecho, así como todos los Tribunales o Cortes constitucionales asumen la competencia de control de constitucionalidad de las leyes, no todos ellos –véase, sin ir más lejos, el caso de Italia– incorporan la tarea de tutelar los derechos de los ciudadanos con un recurso específico.

Esta configuración restringida, que venía esta-

⁴ A partir del art. 39 CE se inicia el Capítulo III del Título I, dedicado a los llamados “principios rectores de la política social y económica”, que a pesar de denominarse formalmente en algunos casos como “derechos” (derecho a una vivienda digna o derecho a un medio ambiente adecuado), no pasan de ser principios programáticos dirigidos al legislador para que en la medida en que lo permitan las condiciones políticas y sociales pueda proveerlos y al intérprete del ordenamiento para que oriente esa tarea de manera favorable a su realización, de manera que solo son alegables ante la justicia ordinaria de acuerdo con las leyes que los desarrollen (art. 53.3 CE). Por tanto, no hay aquí un contenido esencial, como es propio de los derechos fundamentales (art. 53.1 CE), que deba ser respetado escrupulosamente por el legislador bajo pena de inconstitucionalidad. Estas diferencias están magníficamente explicadas por Javier Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, pp. 121 a 132.

blecida desde los orígenes del sistema (en el art. 53 CE de 1978 y en el art. 41 y ss de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1979), ha sido potenciada aún más hace ahora diez años con la reforma de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que introdujo un nuevo requisito de carácter objetivo para la admisión a trámite de los recursos de amparo, como es el de reunir el asunto “*especial trascendencia constitucional*”. Ello potencia la conformación del Tribunal como un órgano de fijación de doctrina sobre los derechos fundamentales, más que reparador de toda lesión subjetiva de los mismos, por muy grave que ésta sea. La idea es que el Tribunal define el contenido y alcance de esos derechos –y en general la interpretación que ha de hacerse de la Constitución– con ocasión de su jurisprudencia, de manera que esa doctrina sea aplicada y respetada por todos los órganos jurisdiccionales ordinarios, con un efecto multiplicador.

La *especial trascendencia constitucional* es un perfecto ejemplo de concepto jurídico indeterminado de acuerdo con la clásica doctrina alemana (*unbestimmter Rechtsbegriffe*), es decir, una expresión de formulación genérica o abstracta, pero cuya efectiva concurrencia en cada caso concreto puede valorarse ofreciendo una respuesta binaria (sí o no), lo cual permite su posible contraste posterior (aunque en el caso del recurso de amparo las decisiones del Tribunal Constitucional no sean susceptibles de revisión directa). Si bien es inevitable un cierto halo o zona de penumbra en la aplicación de estos conceptos, los criterios de identificación de cuándo concurre la *especial trascendencia constitucional* de un recurso están enumerados (con una cláusula final abierta, que tiene carácter excepcional y que, de hecho, todavía no ha sido utilizada) en la célebre STC 155/2009, de 25 de junio⁵. Varios de ellos tienen

5 Esa concreción del contenido del requisito legal de la especial trascendencia constitucional por parte de la propia jurisprudencia constitucional y su aplicación coherente en los procesos de amparo ha resultado capital para que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considerase compatible la reforma legal de nuestro recurso de amparo en 2007 con las exigencias

que ver con la necesidad de fijar doctrina constitucional, bien porque se trate de un aspecto novedoso de un derecho fundamental todavía no abordado, bien porque se deba matizar o cambiar la doctrina existente. También hay otros supuestos relacionados con la gravedad del asunto que se discute, bien porque la presunta lesión provenga directamente de una norma jurídica (que habrá de ser anulada para no seguir siendo fuente de nuevas vulneraciones) o de una prescripción del ordenamiento de la UE, bien por la trascendencia económica, social o política de la cuestión jurídica debatida. Finalmente, están los casos en que se aprecie la necesidad de corregir una línea jurisprudencial cristalizada en la justicia ordinaria que sea contraria a la doctrina constitucional, o incluso una desviación puntual si ésta constituye una decisión positiva y explícita de un órgano jurisdiccional de no acatar lo establecido por el Tribunal Constitucional.

Este nuevo marco legal puede conducir, aunque pueda haber quienes se escandalicen al oírlo, a que haya recursos de amparo en supuestos de vulneración positiva y real de un derecho fundamental que sin embargo sean directamente inadmitidos a trámite mediante una simple Providencia, que es la resolución jurisdiccional más elemental y que apenas cuenta con motivación, por no reunir *especial trascendencia constitucional*, al no encajar en ninguno de los supuestos anteriores. Por ejemplo, así puede ocurrir en un caso en el que a pesar de haberse lesionado un derecho fundamental la doctrina constitucional en la materia sea clara, no requiera ampliación o matización, y no sea de apreciar una voluntad explícita del órgano jurisdiccional

del art. 6 del Convenio de 1950. En una relevante Sentencia del TEDH de 20 de enero de 2015, Asunto *Arribas Antón contra España*, se condicionó ese acomodo a la doble exigencia de que el propio Tribunal Constitucional definiese primero el contenido y alcance de la “*especial trascendencia constitucional*”, y explicitase luego en cada recurso de amparo admitido a trámite el concreto supuesto de “*especial trascendencia*” apreciado en el caso. Lo primero había sido ya satisfecho por la mencionada STC 155/2009, y lo segundo se ha pasado a hacer sistemáticamente desde que se dictó la sentencia de Estrasburgo.

correspondiente de no aceptar el criterio sentado por el Tribunal Constitucional, sino que su decisión provenga del simple desconocimiento del mismo o de un enfoque equivocado del problema. Pese a lo que se pueda creer comúnmente, el recurso de amparo no está para corregir decisiones incorrectas de la judicatura, como si fuera una instancia última y concentrada de revisión universal. La jurisprudencia constitucional repite hasta la saciedad que no existe un “derecho fundamental al acierto judicial” (por ejemplo, STC 47/2009, de 23 de febrero, FJ 9), sino, en todo caso, un derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que consiste en el derecho a recibir en cualquier conflicto jurídico que se plantee una respuesta judicial fundada en derecho, que no sea arbitraria, irrazonable ni constituya un error manifiesto, ni desconozca por completo el sistema de fuentes establecido. Pero es que incluso en el caso de que estos amplios límites de razonabilidad se infrinjan, la nueva configuración jurídica del recurso de amparo comporta que esa lesión de un derecho fundamental debe tener una dimensión objetiva, en el sentido de que propicie un pronunciamiento del guardián de la Constitución que sea relevante “para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución, o para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales” (art. 50.1.b) LOTC). Si no, la lesión no tiene trascendencia constitucional.

Esa es la razón por la que el índice de admisión de los recursos de amparo sea tan sorprendentemente bajo, superando apenas el 1% de los recursos interpuestos, y en cambio sea muy alto el porcentaje de estimaciones⁶. Reunir todos los requisitos formales y materiales para que una demanda de amparo obtenga un pronunciamiento sobre el fondo es muy complicado en nuestro sistema. Sin que la inadmisión implique –debo insistir– que la actuación

6 Según datos de la Memoria de 2015, la última disponible, en ese año se dictaron 96 Sentencias de amparo, de las que nada menos que 60 fueron de estimación total o parcial. Ello demuestra que el examen de admisión, más que un trámite formal, es un filtro de asuntos con verdadera sustancia.

administrativa o judicial previa que se cuestione sea plenamente conforme a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

De aquí se pueden extraer dos conclusiones. La primera es que la justicia constitucional es mucho más técnica de lo que parece o se puede deducir del sencillo enunciado de los derechos fundamentales (derecho a la vida, derecho a la libertad, derecho a la intimidad, derecho de asociación, derecho a la legalidad penal y sancionadora, derecho a la educación, derecho a la huelga. . .), los cuales pueden ser percibidos subjetivamente como “claramente violados” por una persona poco formada en la materia a la hora de juzgar las decisiones de los poderes públicos que le afectan. ¿Quién no se ha sentido discriminado alguna vez por el trato recibido respecto a otro ciudadano, o vecino, o colega de profesión? Y sin embargo, la doctrina constitucional sobre la discriminación ante la ley (la proveniente directamente de una norma jurídica) o en la aplicación de la ley (la producida de forma injustificada por una autoridad pública o incluso por un tercero), que garantiza el art. 14 CE, es enormemente restrictiva al analizar los requisitos para apreciarla.

Por ello, la experiencia hace aconsejable que no cualquier abogado pudiera actuar ante el Tribunal Constitucional prestando asistencia letrada a un solicitante de amparo⁷, sino sólo quienes hubieran adquirido una previa especialización en la justicia constitucional. Los derechos de los justiciables dependen de esa pericia y preparación⁸. Las demandas de amparo no están para demostrar “que se tenía

7 Para litigar ante el Tribunal Constitucional hace falta la asistencia letrada de un abogado y la representación procesal de un procurador, cabiendo su designación por el turno de oficio cuando se cumplen los requisitos del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

8 Escandaliza comprobar que aún en 2016 la mitad de las providencias de inadmisión de los recursos de amparo que se dictan se fundamentan en el incumplimiento de un requisito formal, pero insubsanable, como es la ausencia total, o al menos la insuficiencia, de una justificación de la especial trascendencia constitucional.

razón” ante la justicia ordinaria, pero que no ha sido así reconocido por un juez o tribunal: ése es el error más común en el que incurren los recursos. Las demandas de amparo están para demostrar que ha habido una vulneración concreta y específica de un derecho fundamental de los enumerados entre el art. 14 y el 30 CE, y que la reparación de esa lesión aconseja una decisión del Tribunal Constitucional por su especial trascendencia para el sistema jurídico. Y demostrarlo requiere un conocimiento riguroso de la ya abundante jurisprudencia de ese Tribunal en sus más de 35 años de andadura. Solo la demanda que “pone el dedo en la llaga”, lo cual no es cuestión de abundancia de argumentos o de citas abundantes de fallos constitucionales, sino de precisión en la identificación tanto de la lesión como de la singularidad del problema constitucional que se plantea, tiene opciones de ser admitida.

La segunda conclusión pretende volver al enunciado de este apartado: el amparo es una vía de reparación muy restrictiva, por lo que resulta clave que la tutela de los derechos fundamentales sea proporcionada de manera efectiva por los poderes públicos en general y por el poder judicial en particular. Y aquí hay que reconocer que nuestro sistema tiene mucho margen de mejora. No tanto porque en España el Estado de Derecho funcione mal y los derechos fundamentales sean pisoteados de manera frecuente y sin control, sino porque los tribunales de justicia no tienen bien asumido su función específica de protección de los derechos fundamentales de las personas. Esta afirmación requiere explicaciones adicionales.

En efecto, la voluntad del legislador de filtrar el acceso al recurso de amparo, ya restrictivo de por sí⁹,

9 La resolución de los recursos de amparo viene exigiendo una dedicación excesiva por parte de un órgano cuya composición, tasada por la Constitución en doce magistrados que actúan colegialmente, no le permite alumbrar mucho más de dos centenares de sentencias al año. En el año 2006, el previo a la reforma de la LOTC, los recursos de amparo presentados ante el Tribunal Constitucional ascendieron nada menos que a 11.471, que supusieron el 97,7% de los asuntos totales que entraron ese

ha venido acompañada de la reconfiguración de un remedio procesal empleado ante la Justicia ordinaria para atender de manera específica a la tutela de los derechos fundamentales. La citada reforma de 2007, a la par que introdujo el requisito objetivo del recurso de amparo, reformuló el incidente de nulidad de actuaciones regulado por el art. 241 LOPJ para permitir a través de él la denuncia de la vulneración de derechos fundamentales. Cuando un órgano jurisdiccional resuelve definitivamente un asunto que le esté encomendado, y esa resolución ha podido producir la lesión de algún derecho fundamental (es el caso, por antonomasia del derecho a la tutela judicial efectiva, invocado en casi el 75% de las demandas de amparo), será necesario plantear ante ese mismo órgano el denominado incidente de nulidad, alegando esa vulneración en particular. Esto solo es necesario en caso de que no quepa recurso alguno contra esa resolución, pues en caso contrario será preciso recurrir, y esgrimir en ese recurso el derecho fundamental que haya sido violado, junto con los demás motivos que se puedan presentar. La cuestión es que si no hay vía de impugnación posible, el incidente de nulidad se convierte en imprescindible para entender agotada definitivamente la vía judicial previa y tener abierto el acceso al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en caso de que el incidente se inadmita o se desestime y, por tanto, no se repare la lesión fundamental. La conclusión, a pesar de lo enrevesado que puedan parecer estos vericuetos procesales, es simple: toda vulneración de derechos fundamentales (salvo el caso peculiar de los amparos contra actos parlamentarios, que son muy escasos) exige una invocación y alegación específica ante la Justicia ordinaria para poder ser luego objeto de un recurso de amparo. Siempre hay que dar una oportunidad al juez ordinario para remediar el daño

año. Posteriormente, la cifra ha ido descendiendo. En el periodo 2010-2015 el número de recursos de amparo ha oscilado entre los 7.000 y los 7.200 anuales. Y en el recién terminado 2016, sin cifras aún oficiales, el número ha caído sensiblemente. A pesar de ello, el porcentaje de admisiones a trámite se mantiene en torno a una de cada cien demandas.

producido sobre un derecho fundamental (incluso cuando él mismo haya podido ser el causante de la lesión al resolver un proceso), de manera que la actuación del Tribunal Constitucional es estrictamente subsidiaria.

Sin duda, el incidente de nulidad en defensa de los derechos fundamentales es un remedio bienintencionado para dar tutela a estos por parte de los jueces y tribunales. Pero al final, su interposición se ha convertido en un mero requisito formal previo para buena parte de los recursos de amparo, con el que los recurrentes poco adiestrados pueden tropezar (bien por presentarlo antes de que sea resuelto el incidente de nulidad, haciendo que sea prematuro, bien por no haberlo presentado en los casos en que es necesario, por suponer ello no haber agotado la vía judicial previa) y que además no está sirviendo para que los órganos jurisdiccionales rectifiquen sus decisiones contrarias a la Constitución, salvo en casos muy excepcionales. En la práctica, el incidente de nulidad de actuaciones es un formalismo previo al amparo, que los jueces y tribunales resuelven como un simple recurso de reposición en vía administrativa. Se desestima sin demasiada profundidad, pues como me confesaba en confidencia un miembro de la magistratura, subjetivamente el juzgador pone su mayor esfuerzo en resolver finalmente un recurso o demanda mediante la sentencia, y una vez alcanzada esa cumbre -en un sentido estimatorio o no- se considera el partido terminado, y no es nada fácil que se avenga a reparar posibles defectos cometidos, salvo que sean realmente clamorosos. En efecto, resulta del todo contraproducente que el incidente de nulidad de actuaciones carezca de efecto devolutivo, es decir, se resuelva por el mismo órgano que decidió en el asunto. No es fácil que un juez o tribunal reconozca directamente y por sí mismo que él ha lesionado nada menos que un derecho fundamental de una de las partes del proceso. Por ello sería necesario rediseñar el incidente para que fuese conocido en cada nivel jurisdiccional por una Sala u órgano especial, que desde la distancia de no haber instruido y resuelto el caso pueda valorar si tiene fundamento

la vulneración de derechos fundamentales planteada por el recurrente.

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS CON RANGO DE LEY

Quizás la función más genuina del Tribunal Constitucional sea la de fiscalizar la conformidad a la Constitución de todas las normas con rango de ley (desde las leyes orgánicas y ordinarias del Estado a las leyes autonómicas, pasando por los Decretos-ley del Gobierno de la Nación y de los Gobiernos autonómicos, así como de los Decretos Legislativos). Función genuina porque para eso nació este órgano y ningún otro poder público del Estado puede hacerlo, ni siquiera los jueces y tribunales que, por definición, están sometidos al imperio de la ley. El Tribunal Constitucional tiene el monopolio de control de la constitucionalidad de las leyes, que ejecuta siempre a instancia de parte, bien mediante recurso directo interpuesto por unos pocos sujetos legitimados (el Presidente del Gobierno, 50 Diputados, 50 Senadores, el Defensor del Pueblo, y los Gobiernos y Parlamentos autonómicos), bien mediante cuestión indirecta, suscitada por algún órgano jurisdiccional que, a la hora de dictar sentencia, considere que debe aplicar una norma con rango de ley que le parezca disconforme con la Constitución¹⁰, las cuales han tendido a crecer en número en los últimos años.

La idea que me gustaría destacar aquí es que este monopolio de control, que implica que ningún juez puede por sí mismo eludir la aplicación de una ley por considerarla inconstitucional, ha quedado relativizado como consecuencia de la plena integración de nuestro Estado en la Unión Europea, y de la consiguiente incorporación de todo el ordenamiento comunitario a nuestro ordenamiento interno. Porque esa incorporación viene cualificada

¹⁰ Incluso, cabe la llamada auto-cuestión de inconstitucionalidad, que es la que plantea el propio Tribunal Constitucional ante el pleno de este órgano cuando, al resolver un recurso de amparo, detecte que el origen de la vulneración de un derecho fundamental proviene de una ley (art. 55.2 LOTC).

en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea sobre el de los Estados miembros (y potenciada por el principio de efecto directo de la normativa comunitaria), de manera que en caso de incompatibilidad prevalece el primero sobre el segundo, que queda desplazado.

Lo relevante es que a estos efectos, todos los jueces y tribunales del Estado español son también jueces del Derecho europeo, al que evidentemente están sujetos. De manera que en caso de conflicto normativo a la hora de juzgar, incluso aunque éste se plantee respecto a una ley española, están obligados a aplicar la norma europea que prevalece en virtud del principio de primacía. Además, ese examen de incompatibilidad lo puede realizar el juez español por sí mismo, sin perjuicio de que en caso de duda pueda también auxiliarse del criterio último proveniente del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea a través de la llamada cuestión prejudicial de interpretación, que permitirá conocer el alcance y sentido que ha de darse a una norma de Derecho europeo¹¹. E igualmente, podrá dirigir una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional respecto a una pieza legislativa española. En definitiva, resulta que el control de conformidad del Derecho interno al Derecho de la UE está desconcentrado, de manera que nuestros órganos jurisdiccionales pueden inaplicar normas españolas con rango de ley cuando consideren que son claramente contrarias a aquél. Porque al hacerlo están simplemente seleccionando la norma jurídica aplicable al caso. Es más, cuando esa contradicción es nítida (por ejemplo cuando existen pronunciamientos en ese sentido del propio Tribunal de Justicia de la UE), dejar de hacerlo

11 El planteamiento de la cuestión será incluso obligatorio cuando se trate de un proceso en el que no haya posibilidad de recurso ulterior y la incompatibilidad no sea manifiesta. Además, junto a la cuestión prejudicial de interpretación el art. 267 TFUE prevé también la cuestión prejudicial de validez, mediante la cual un órgano judicial puede plantear al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la conformidad de un acto de una institución comunitaria con el Derecho originario de la Unión, es decir, con los Tratados fundacionales de la UE, que vienen a ser como sus normas de rango constitucional.

supondría una vulneración del derecho fundamental de las partes a la tutela judicial efectiva, porque estaríamos ante un supuesto de selección irrazonable y arbitraria de la norma a aplicar. Así lo ha apreciado recientemente la STC 232/2015, de 5 de noviembre, en un caso de denegación del reconocimiento del derecho a la obtención de sexenios de investigación por parte de un profesor interino, por no reunir la condición de funcionario de carrera, tal como exigía la ley española en contra de la igualdad de derechos entre trabajadores fijos e interinos establecida por una Directiva de 1999 y ratificada en varias ocasiones por el Tribunal de Justicia, con condena específica a España.

LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIAS Y LAS CONTINUAS DESAVENENCIAS ENTRE ESTADO Y CCAA

El tercer gran capítulo de controversias que resuelve el Tribunal Constitucional son los conflictos de competencias entre Administraciones públicas territoriales (Estado, CCAA y, con algunas condiciones, entidades locales) y entre órganos constitucionales. Aunque numéricamente es el conjunto menor, la realidad es que la gran mayoría de los recursos de inconstitucionalidad y un buen porcentaje de las cuestiones de inconstitucionalidad, tienen en realidad índole competencial, pues es muy común alegar –junto a otros posibles motivos– la falta de cobertura competencial para la aprobación de una ley, y plantean una disputa territorial entre el Estado y una Comunidad Autónoma, a través de sus respectivos Gobiernos o Cámaras legislativas.

Este dato lo que demuestra es que el modelo territorial español, acusadamente descentralizado por contraste con el sistema autoritario que le precedió, no está bien diseñado ni resuelto en esta cuestión capital como es la distribución de poderes por materias y funciones dentro del Estado. El Título VIII de la Constitución, que en realidad se limitó a ofrecer sólo un menú de posibilidades, pensando sobre todo en satisfacer las aspiraciones de autogobierno de los

territorios históricos integrados en nuestro Estado, ha cristalizado en un sistema de máximos, en el que todas las provincias españolas optaron por transformarse en Comunidades Autónomas y por alcanzar cada una de ellas el máximo nivel posible de atribuciones, a imitación del Estado y de los territorios con mayores reivindicaciones nacionalistas. Naturalmente, esa emulación mimética y progresiva de 17 mini-Estados ha generado a su vez un alto grado de insatisfacción en Cataluña y el País Vasco, al verse igualadas en lo sustancial, aparte del propio carácter insaciable de todo movimiento nacionalista. Ello condujo a la revisión o aprobación de los Estatutos de Autonomía de *segunda generación*, que lejos de arreglar los problemas, los han agudizado, con una solución que no satisface a nadie. Y vuelta a empezar.

Sin duda, el problema de la construcción territorial del Estado tiene una entraña política, que desborda el problema competencial que aquí se señala. Pero es evidente, que 36 años de jurisprudencia constitucional, con más de dos centenares de sentencias anuales —muchas de las cuales, como se ha indicado, abordan problemas de reparto de competencias— no han servido para aliviar tensiones y reducir la conflictividad, presente incluso en un alto número de Votos Particulares de gran contundencia. Seguimos sin tener una doctrina de aplicación predecible sobre el alcance que puede tener la legislación básica estatal (en sanidad, en educación, en medio ambiente...), y la forma de solucionar los entrecruzamientos competenciales, sobre todo entre títulos estatales de carácter horizontal (como las condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de derechos y deberes constitucionales o las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica) y títulos autonómicos sectoriales (como urbanismo, vivienda o asistencia social). Las cláusulas de cierre del sistema (art. 149.3 CE), como la prevalencia del Derecho estatal en caso de conflicto o la supletoriedad del Derecho del Estado, han quedado desactivadas por una doctrina constitucional quizás demasiado deferente hacia las consecuencias a las que conduce el modelo autonómico llevado a sus

extremos. E instrumentos tan razonables como las leyes marco o las leyes de armonización del art. 150 CE han quedado proscritos por un desenvolvimiento del sistema que conduce a la apropiación excluyente de competencias y a dar la espalda a verdaderas fórmulas de consenso y colaboración. Sin duda, las espadas están en alto, y es un hecho que muchas medidas legislativas y administrativas se impugnan ante el Tribunal Constitucional en función de los colores de los gobiernos de turno en el Estado y en cada autonomía. El panorama no induce, ni mucho menos, al optimismo.

EL ÓRDAGO CATALÁN

La situación habitual de conflicto ha eclosionado además recientemente con el desafío catalán, que nos ha situado al borde la ruptura constitucional. Curiosamente, la cuestión no tiene ninguna sustancia jurídica, aunque sí sea de hondo calado político y suscite gran preocupación social. La Constitución —norma jurídica que nos hemos dado— atribuye sin género de duda al Estado la competencia exclusiva para lanzar consultas referendarias (art. 149.1.32 CE), atribuye la soberanía nacional también en exclusiva al pueblo español (art. 1.2 CE) y no reconoce otra Nación que la española, que califica de patria común e indivisible de todos los españoles (art. 2 CE). Todo ello es susceptible de revisión, actualización y mejora, pero nunca al margen de los cauces que la propia Constitución diseña (arts. 166 a 169 CE), en una decisión que, para estas cuestiones sustanciales, requiere aprobación por nuestros representantes políticos nacionales y por el pueblo español en referéndum. Por todo ello, la docena de resoluciones del Tribunal Constitucional que desde 2013 han paralizado y declarado inconstitucionales los diversos pasos dados en el proceso independentista¹², se han

¹² Principalmente se trata de la declaración de soberanía del Parlamento catalán de enero de 2013, en la que se incluía una apelación al derecho a decidir del pueblo de Cataluña; de la Ley de Consultas Populares no Referendarias de 2014; del acuerdo de convocatoria de la consulta del 9 de noviembre de

adoptado por unanimidad y no admiten vuelta de hoja en un análisis jurídico. Lo preocupante una vez más es lo político, pues el Tribunal no puede ser el que arregle el evidente conflicto que aflige a España.

Ahora bien, el reto del independentismo catalán está desafiando al Estado de Derecho. Hasta el punto de que hace un año largo hubo de aprobarse a la carrera una reforma exprés de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LO 15/2015, de 16 de octubre) para reforzar el sistema de ejecución de sus propias resoluciones, que hasta entonces nadie había osado discutir, aunque no compartiese. La propia reforma fue objeto de recurso de inconstitucionalidad, que ha sido recientemente desestimado (STC 186/2016, de 3 de noviembre, esta vez no por

unanimidad, sino con prolijos Votos Particulares). Lo relevante es que la ley apodera al Tribunal para que, con ocasión del oportuno incidente de ejecución de sus sentencias, pueda (incluso *in-audita parte* en casos extremos) tomar diferentes decisiones, que van desde la imposición de multas coercitivas y repetidas a las autoridades responsables de un incumplimiento, hasta la suspensión de las mismas en sus cargos públicos por el tiempo necesario, pasando por los supuestos de ejecución subsidiaria o a cargo de tercero, contando con los medios del Estado, y por la exigencia de posibles responsabilidades penales a quienes obstaculicen la debida eficacia de sus resoluciones. Este último mecanismo ya ha sido aplicado y concretado en la reciente querrela de la Fiscalía contra la Presidenta de la cámara autonómica por su intervención para la aprobación por esta de las conclusiones de la denominada “Comisión de Estudios sobre la Independencia”. Si la cordura no vuelve a los responsables políticos catalanes, es de temer que otras medidas severas deban ser adoptadas. Hasta el momento, el Tribunal ha querido actuar con gran prudencia y seguridad, pero los mecanismos de la Justicia, en este caso constitucional, avanzan inexorables y no son susceptibles de negociación o chaloneo. Lo cual no quita para que, junto a la actuación del guardián de la Constitución, deban ponerse en marcha vías políticas de composición de este gravísimo conflicto que ya forma parte de nuestra historia común, y que exige fórmulas imaginativas y sobre todo altura de miras, para fortalecer una integración que, no nos engañemos, nunca estuvo bien construida. Pero eso es harina de otro costal.

2014, así como del pseudo “proceso participativo” que terminó celebrándose; del inicio de la tramitación parlamentaria de la resolución independentista a iniciativa de los diputados de *Junts pel Sí* y la *CUP*, sin estar debidamente constituida la Junta de Portavoces tras las elecciones catalanas; de la Ley de medidas fiscales, financieras y administrativas de 2015, que incluía la creación de una Agencia Tributaria catalana... Especial importancia tiene la STC 295/2015, de 2 de diciembre, por la que se declara inconstitucional y nula la Resolución del Parlamento de Cataluña 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015, que pretendió ser el inicio formal de la “desconexión” o ruptura con España, porque a partir de ella los pasos sucesivos de reacción del Gobierno del Estado se han planteado como ‘incidentes de ejecución’ de esta sentencia, que además de permitir nuevas suspensiones y anulaciones (como es el caso del anuncio de la celebración de un nuevo referéndum en 2017 con o sin el aval del Estado, y la aprobación de tres ponencias para las ‘leyes de desconexión’ con España), permiten al Tribunal Constitucional plantear la adopción de medidas extraordinarias de ejecución de sus resoluciones.

IV. LA JUSTICIA INTERNACIONAL

JOSÉ LUIS VIADA RUBIO
ABOGADO DEL ESTADO

I.- Concepto y necesidad de su justificación en principios compartidos por la Comunidad de Estados democráticos.

La justicia internacional podemos definirla, así en abstracto, como aquella que administran tribunales u organismos internacionales, es decir, por contraposición a la que imparten los tribunales de justicia estatales o internos, y por lo que a España respecta, por contraposición con la justicia que administran los jueces y tribunales integrados orgánica y jerárquicamente en el Poder Judicial, tal como se configura éste a partir de la Constitución de 1978.

Nos circunscribimos en este trabajo a la justicia impartida en relación con el Estado, esto es, en el plano del derecho público, cuando una de las partes procesales es un Estado, dotado pues de soberanía política y sujeto de derecho internacional. No abordamos ahora los procesos entre particulares de distinta nacionalidad, sustanciados ante un tribunal interno

aunque sea del mismo Estado del que es nacional al menos una de las partes litigantes, y para cuya resolución debe acudir al punto de conexión que la correspondiente norma de derecho internacional privado del Estado juzgador ofrezca para ello. La justicia que se administra por tribunales internos en el plano del derecho internacional privado es justicia interna. Es aplicación de un derecho estatal, con independencia de cuál sea la norma a cuya aplicación conduce la de conflicto interna o punto de conexión.

En ese plano del derecho público y del enjuiciamiento conforme a Derecho de la actuación de un Estado, puede suceder que los justiciables sean sólo Estados, que contienden entre sí, en el ámbito de las relaciones entre Estados exclusivamente, o también, según los casos, hablamos de justicia internacional cuando se trata de resolver en derecho, por un tribunal internacional, un conflicto entre un Estado soberano frente a un particular persona física o jurídica de derecho privado. En estos últimos supuestos, el Estado parte suele aparecer en la posición procesal de

demandado, cuyos actos legislativos, administrativos o judiciales son fiscalizados ante el foro o corte internacional correspondiente, en cuanto a su adecuación a las normas u ordenamiento internacional, especial o sectorial, aplicable. Ordenamiento internacional que se compone e integra por las normas contenidas en el mismo Convenio en cuyo seno se ha creado el Tribunal internacional respectivo, en principio como garantía o salvaguarda del cumplimiento de aquel.

Esa justicia internacional se administra, por lo tanto, aplicando un ordenamiento jurídico internacional, es decir, un ordenamiento surgido o creado en el plano internacional, extraestatal, por vía convencional o de manera derivada, por emanación de un Órgano específico al que previamente los Estados parte en el Convenio que lo crea le han dotado de potestad normativa; un ordenamiento, en definitiva, que trasciende y que sujeta en ese plano al propio Estado que se ve demandado, y esta sujeción surge de la existencia y efectividad jurídica de un tratado internacional que dicho Estado libremente ha suscrito.

Ahora bien dicho todo esto, se plantea precisamente un problema de legitimidad democrática y de alcance de la justicia de las decisiones impartidas por los tribunales o foros internacionales respecto de los Estados. Tres elementos concurren a plantear o para instar a la reflexión sobre este problema meramente esbozado. Y particularmente, en relación con España como Estado soberano dentro de la Comunidad internacional de Estados.

Por un lado, *en primer lugar*; los tribunales internacionales, aun dotados por el convenio respectivo que los crea en cada caso, de una jurisdicción y unas competencias, no son tribunales en el sentido de que formen parte del poder judicial interno; y en lo que a España respecta, no se hallan integrados orgánicamente ni funcionalmente en la estructura del Poder Judicial español, conforme al art. 123 de la Constitución; Poder judicial a cuyas resoluciones se alude en los arts. 117 y 118 de la misma. Son órganos encuadrados en Organismos internacionales, creados por un Convenio internacional del que

surgen y del que toman su regulación, dependencia y funcionamiento.

Por otra parte, *en segundo lugar*, el derecho internacional constituye en sí mismo un derecho autónomo y diferenciado del derecho interno, tanto por sus fuentes normativas (en uno, la ley emanada de modo unilateral por el poder estatal; y en otro, el convenio o norma consuetudinaria fruto del consenso de los Estados), como en sus principios (autoridad supraordenada como generadora de la norma jurídica, en uno; soberanía entre iguales, en el otro), como en lo que a sus respectivos destinatarios se refiere (ciudadanos, personas físicas o jurídicas, en cuanto a las normas de derecho interno; los Estados, en cuanto a las de derecho internacional). Así, la soberanía de estos últimos supone que, en principio, para que las normas emanadas o producidas en el plano del derecho internacional posean una eficacia jurídica en el ámbito del ordenamiento interno, debe producirse por parte del Estado destinatario un acto formal de recepción tanto de la norma en sí, en abstracto (ratificación y publicación oficial), como —y por lo ahora interesa— de la decisión singular emanada de un órgano ejecutivo (resoluciones, recomendaciones, etc) del Organismo internacional.

Como *tercera premisa* en juego, no cabe dudar que España es hoy un Estado democrático liberal consolidado y *homologable* dentro de la Comunidad internacional de Estados democráticos occidentales, con los que comparte unos mismos principios de Derecho público y con los que se integra, por tanto, en una efectiva comunidad jurídica de Estados, más allá de la forma específica de integración supranacional en el seno del continente europeo, que constituye la Unión Europea.

La cuestión se plantea en el plano jurídico, o, mejor dicho, es un problema estrictamente jurídico, que encierra un aspecto *de soberanía* en un sentido no de “poder” o “napoleónico” del mismo, sino en un sentido estrictamente jurídico del concepto de soberanía en un Estado democrático: soberanía democrática, de gobierno que se legitima por elecciones libres, como dijeron los padres fundadores

de los Estados Unidos de América, que democracia es “*gobierno del pueblo, con el pueblo y para el pueblo*”. La cual se manifiesta a través de elecciones libres, constituyendo un órgano de representación popular del que emanan las leyes que la comunidad produce sobre sí misma.

II.- Preeminencia de la Constitución como norma, a hora de celebrar un tratado que cree en su seno un tribunal u organismo internacional

El concepto político de *democracia* supone también sujeción a las normas, Estado de Derecho. Y mirando hacia ese Estado democrático y de Derecho que es hoy España, tenemos que a la vez no hay en el plano del derecho positivo una norma superior a la Constitución, y, así, ha de asumirse que conforme a lo previsto en el art. 123 de la misma es el Tribunal Constitucional el máximo órgano judicial en lo que a garantías constitucionales se refiere, pues se trata éste de un tribunal de justicia que interpreta la Norma superior, *cúspide* del ordenamiento en su conjunto. Así lo refleja la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ,) que dispone en su artículo 5 que *todos los Jueces y Tribunales interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos*.

Como posición de principio, no hay norma positiva que quepa esgrimir frente a la Constitución. Toda norma legislativa, o interpretación judicial, o decisión administrativa, habrá de ceder, en un determinado momento, ante la eventualidad de su enjuiciamiento contrario a la Constitución.

Por lo que respecta a los Tratados internacionales suscritos y ratificados por España -y que, por lo que ahora nos ocupa, supongan la creación de un tribunal internacional- la conclusión es en realidad la misma. Ningún Convenio o interpretación del mismo, o decisión de un órgano internacional, puede

desplazar ni a la eficacia normativa directamente derivada de los preceptos de la Constitución, ni cabe oponer criterios o resoluciones de Organismos internacionales frente a la doctrina legal, de contrario, emanada por el Tribunal Constitucional en interpretación de la misma.

En este sentido, el Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución (art. 123 de la Constitución, ya vimos) puede, a través del cauce o procedimiento legalmente previsto, declarar inconstitucional un precepto contenido en un tratado internacional (dice el art. 95 de la Constitución que “*la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional*”). La *previa revisión*; es decir, que no puede coexistir, o al menos debe tratar de evitarse la coexistencia de la Constitución con un precepto en un tratado ya en vigor y contrario con lo en ella dispuesto.

Así lo prevé también, a nivel de rango formal de ley, el art. 27 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC), al decir en su apartado 2, que *son susceptibles de declaración inconstitucional: . . . c) los tratados internacionales*, con independencia —hemos de entender— de cuáles hubieran de ser (esta es otra cuestión) las consecuencias que en el plano de las relaciones de Derecho Internacional Público, es decir, en el ámbito de la exclusiva responsabilidad internacional del Estado, pudieran derivarse de una hipotética declaración de inconstitucionalidad de una norma internacional o resolución emanada de un Organismo internacional en el que España sea parte. Consecuencias tales como la denuncia del Tratado en cuestión, o su *renegociación* por el Gobierno proponiendo su enmienda o la formulación de una reserva, o bien de una declaración unilateral interpretativa o de una interpretación oficial por parte de España o para España.

Además, el ya citado art. 27.2.c) de la LOTC prevé de manera expresa el control de constitucionalidad de los tratados internacionales por parte del Tribunal Constitucional a través de los procedimientos de

declaración de inconstitucionalidad que el ordenamiento establece (recursos y cuestiones de inconstitucionalidad). Y así lo corrobora la STC 38/2007, de 15 de febrero, al decir que *la eventual declaración de inconstitucionalidad de un tratado presupone el enjuiciamiento material de su contenido a la luz de las disposiciones constitucionales, aunque no lleve aparejada de manera inmediata su nulidad* (FJ 3).

Corolario del principio de la primacía de la Constitución en el plano del ordenamiento interno es que no puede aplicarse o ejecutarse una norma o una declaración de un organismo internacional que en última instancia el Tribunal Constitucional pudiera haber juzgado como contrarios a la Constitución, ni enfrentar los tratados o los actos emanados de un Organismo o invocarlos como hipotético fundamento prevalente frente al criterio jurisprudencial sentado por el Tribunal Constitucional en interpretación de los preceptos de la Constitución acerca de una determinada cuestión.

Incluso en el seno de las relaciones de integración propiamente dichas, en sentido estricto o *supranacionalidad*, nada en nuestro ordenamiento constitucional otorga la posibilidad de que una decisión o una norma internacional desplace o prevalezca sobre preceptos constitucionales o frente a la eficacia directa de los mismos. Así, el art. 93 de la CE, el cual dispone que *mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución*, lo hace presuponiendo la previa y superior vigencia del Texto constitucional, es decir, la posibilidad de atribuir a organismos internacionales competencias “derivadas” de la Constitución —nunca *por encima* o *superpuestas*, o *prevalentes*—. Como dijo la STC 64/1991, de 22 de marzo, *la integración de España en la Comunidad Económica Europea no significa que por mor del art. 93 se haya dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales* (...) y que (...) *la primacía del Derecho*

Comunitario sobre el Derecho nacional en las referidas materias no puede relativizar o alterar las previsiones de los arts. 53.2 y 161.1.b), de la Constitución (FJ 4). Esto es, que en el plano mismo de las relaciones de supranacionalidad con la Unión Europea, la hipotética contradicción entre cualquier tratado y una norma de derecho constitucional debe resolverse conforme al procedimiento previsto en el art. 95 de la CE, o conforme a la posible declaración que ofrece el art. 27.2.c) de la LOTC; es decir, si la cláusula del tratado adherido al que se refiere el art. 93 de la CE afectara, contraviniendo, a principios y preceptos constitucionales de carácter sustantivo, el dilema siempre se debe resolver en favor de la preeminencia de la Constitución.

En mayor medida cabe llegar a la misma conclusión respecto de aquellos convenios internacionales de cooperación, es decir, aquellos en los que España no se hubiera adherido mediante la vía del art. 93 de la CE sino por la ordinaria, por decirlo así, del art. 94 de la CE. Dichos tratados, como tales, suscritos y ratificados, una vez oficialmente publicados *formarán parte del ordenamiento interno*, conforme prevé el art. 96 de la CE, y *sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional*; siempre, por lo tanto, como “normas de derecho interno”, esto es, en su posición dentro de la pirámide normativa (incluso en su posición de “superlegalidad” conforme se deriva del tenor de ese art. 96), pero siempre subordinadas a la Constitución.

Cierto es que el art. 10.2 de la misma CE impone u otorga a los Convenios internacionales sobre derechos fundamentales un valor interpretativo de los respectivos derechos y libertades públicas que la Constitución reconoce. Pero, no obstante, no por ello dichos tratados se convierten en *canon autónomo de validez constitucionalidad de las normas y actos de los poderes públicos*, (STC 64/1991, de 22 de marzo, ya mencionada; FJ 4). En virtud del principio “*iura novit curia*”, se sobreentiende que cualquier decisión de los órganos jurisdiccionales internos

que ya hubiera sido adoptada sobre el particular en el caso concreto, ha tenido en cuenta el mandato del art. 10.2 de la CE, sabiendo también los tratados genéricamente aludidos forman a estos efectos un todo o conjunto de normas en sentido que ningún tratado concreto será tampoco el único o principal instrumento de interpretación de las normas constitucionales en este campo.

III.- Ejecutividad de las decisiones adoptadas por tribunales internacionales.

El problema se plantea entre vinculación del Estado a la norma, y ejecutividad en el ámbito interno de éste de la decisión (o sentencia) individualizada del órgano internacional encargado de aplicar precisamente la norma, haciendo una interpretación o subsunción al caso. Sobre todo dicho problema se hace patente cuando el acto estatal enjuiciado por el Tribunal internacional es un acto legislativo, es decir, una ley del Parlamento o Asamblea estatal, el cual en un Estado democrático representa, como ya hemos dicho, a la soberanía popular, fundamento de la democracia. Si una decisión de un organismo internacional, es decir, tomada por funcionarios que ni son elegidos por el pueblo español, ni son tampoco responsables ante el Parlamento como representante, éste, de la voluntad popular obligan a cambiar una ley emanada de éste, por juzgarla incompatible con el Tratado, en cierto modo el Estado está siendo gobernado por funcionarios no elegidos ni responsables políticamente. ¿Es el Estado entonces soberano en el plano internacional, en ese sentido de soberanía democrática, como se nos ha enseñado, o es, más bien, sumiso?

¿Qué queremos decir con todo esto?, con todo lo expuesto hasta aquí, o qué consecuencias en el plano jurídico tiene esta preocupación, tanto por la necesidad de la eficacia del Derecho, como por la soberanía e independencia del Estado hacia el exterior. Pues que debe distinguirse dentro precisamente del ámbito de lo jurídico, el aspecto de la obligatoriedad para el Estado parte, que toda norma jurídica conlleva por

el hecho sólo de serlo, también de las normas contenidas en un tratado internacional, y entre ellas la cláusula que imponga en cada caso la obligatoriedad del cumplimiento de lo decidido por el tribunal u organismo creado para dirimir las controversias en su seno; y, por otra parte, la ejecutividad directa, o no, en el plano estatal interno, de dichas eventuales resoluciones, singulares, emanadas del organismo internacional.

Dicho en otras palabras: una norma contenida en un Convenio es obligatoria en cuanto que es una norma jurídica, o una cláusula en un pacto que el principio "*pacta sunt servanda*" hace obligatoria para las partes. Ahora bien, su aplicación al caso concreto en sí mismo, en el ámbito interno del Estado parte —es decir, de la resolución jurisdiccional del tribunal internacional amparada en la cláusula del tratado que lo impone— podría suponer que dicha resolución entrar en colisión con la Constitución o con el ordenamiento en el sentido en el que lo hubiera interpretado el Tribunal Constitucional. Entonces, la única solución posible momentánea sería no sólo la inejecución de hecho de la resolución, sino la consideración de su inejecutividad incluso como característica propia de la resolución internacional. Su cumplimiento seguiría siendo obligatorio en el plano externo de las relaciones internacionales, pero no sería una sentencia o resolución ejecutiva en el ámbito del ordenamiento interno. Ello con independencia del hecho de que la inejecución de la sentencia o resolución internacional por parte de los tribunales de justicia internos, si la consideran o juzgan contraria a la doctrina constitucional, acarrearía la responsabilidad en el plano exclusivamente del derecho internacional público (no en el interno), del Estado como sujeto de derecho internacional

Nada obsta tampoco a lo dicho desde la perspectiva del derecho interno, el que el art. 27 del Convenio de Viena de 23 de mayo de 1969 —en vigor para España desde el 27 de enero de 1980— sobre el Derecho de los Tratados, establezca que *una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento*

de un tratado. Se trata de una norma de derecho internacional público, cuyo mandato incide exclusivamente en ese ámbito, pues en modo alguno una disposición internacional puede ejecutarse en el ámbito del derecho interno, por los Tribunales de la

jurisdicción que fuese, si vulnera la Constitución y así hubiera sido declarado por el Tribunal Constitucional; ello sin perjuicio de la eventual promoción, en su caso, de la modificación o enmienda del correspondiente tratado.

V. LA TÉCNICA Y EL FUTURO DE LA JUSTICIA HUMANA

JAVIER PUYOL MONTERO
ABOGADO. MAGISTRADO EN EXCEDENCIA

La Cibernética, tal como señala Giovanni Guillen¹, es la ciencia que se ocupa de los sistemas de control y de comunicación en las personas y en las máquinas, estudiando y aprovechando todos sus aspectos y mecanismos comunes. El nacimiento de la cibernética se estableció en el año 1942, en la época de un congreso sobre la inhibición cerebral celebrado en Nueva York, del cual surgió la idea de la fecundidad de un intercambio de conocimiento entre fisiólogos y técnicos en mecanismos de control.

Cinco años más tarde, Norbert Wiener² uno de los principales fundadores de esta ciencia, propuso el nombre de cibernética, derivado de una palabra griega que puede traducirse como piloto, timonel o regulador. Por tanto, la palabra cibernética podría significar ciencia de los mandos. Estos mandos son

estructuras con elementos especialmente electrónicos y en correlación con los mecanismos que regulan la psicología de los seres vivientes y los sistemas sociales humanos, y a la vez que permiten la organización de máquinas capaces de reaccionar y operar con más precisión y rapidez que los seres vivos, ofrecen posibilidades nuevas para penetrar más exactamente las leyes que regulan la vida general y especialmente la del hombre en sus aspectos psicológicos, económicos, sociales etc.

Dentro del campo de la cibernética se incluyen las grandes máquinas calculadoras y toda clase de mecanismos o procesos de auto control semejantes y las máquinas que imitan la vida. Las perspectivas abiertas por la cibernética y la síntesis realizada en la comparación de algunos resultados por la biología y la electrónica, han dado vida a una nueva disciplina, la biónica. La biónica es la ciencia que estudia los: principios de la organización de los seres vivos para su aplicación a las necesidades técnicas. Una realización especialmente interesante de la

1 Cfr.:GUILLEN, Giovanni. "Cibernética". <http://www.monografias.com/trabajos/cibernetica/cibernetica.shtml>

2 Cfr.: "Norbert Wiener y el origen de la cibernética". http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/wiener2.pdf

biónica es la construcción de modelos de materia viva, particularmente de las moléculas proteicas y de los ácidos nucleicos.

Conocer bien al hombre es facilitar la elección de las armas necesarias para combatir sus enfermedades. Por tanto, es natural ver una parte de las investigaciones orientarse hacia un mejor conocimiento de los procesos fisiológicos. Ayudándose de la química y de la física es como han podido realizarse grandes progresos. Si quiere proseguir un mejor camino, debe abrirse más al campo de la mecánica y más aun al campo de la electrónica. En este aspecto se abre a la Cibernética, que sobre el papel, desde luego no tiene porque estar vedada a otros campos de las relaciones humanas.

La Robótica es la técnica que aplica la informática al diseño y empleo de aparatos que, en sustitución de personas, realizan operaciones o trabajos, por lo general en instalaciones industriales. Se emplea en tareas peligrosas o para tareas que requieren una manipulación rápida y exacta. En los últimos años, con los avances de la Inteligencia Artificial, se han desarrollado sistemas que desarrollan tareas que requieren decisiones y autoprogramación y se han incorporado sensores de visión y tacto artificial.

Tal como pone de manifiesto Enrique Dans³, reproduciendo un interesante artículo de Erik Brynjolfsson y Andrew McAfee en BBC News, *“The jobs that AI can't replace”*, en el que los autores de *“Race against the machine”* y *“The second machine age”* tratan de señalar los factores que, a su entender, son más complejos a la hora de recrear tareas humanas sobre una base de inteligencia artificial.

Las tres áreas señaladas como más propiamente humanas en el contexto actual y más difícilmente sustituibles por una hipotética inteligencia artificial desarrollada a tal efecto son las tareas creativas (investigación científica, escritura creativa o creación de empresas), las interacciones sociales (dirección de

empresas, liderazgo, ventas, negociación, cuidado de personas, enfermería), y las cuestiones relacionadas con la destreza y movilidad física (limpieza, jardinería, o trabajos que impliquen agilidad y destreza física). Los autores animan a trabajadores y gobiernos a prepararse para este tipo de áreas que presuntamente podrían tardar más tiempo en sufrir el impacto de la sustitución, con el fin de retrasar el impacto de la pérdida progresiva de puestos de trabajo.

Podemos soñar con un tiempo en el que la máquina para gobernar reemplazará —para bien o para mal al hombre, ¿quién sabe?— la insuficiencia hoy en día evidente de los dirigentes y los aparatos habituales de la política, afirmaba en la década de los 40 el Padre Dominicó Dubarle⁴, y desde luego, no es descabellado pensar que se puede llegar a la conclusión consistente en que no existe, probablemente, ningún dominio del pensamiento o de la actividad material del hombre, del que se pueda decir que la cibernética no tendrá, tarde o temprano, un papel que jugar. Uno de esos grandes retos se encuentra en la sustitución del ser humano en sus funciones por máquinas o robots. Según una noticia recogida por la web comercio y justicia, los investigadores de la Universidad de Oxford (Estados Unidos) afirman que, en un plazo de 10 años, más de 100 profesiones podrían ser desempeñadas por máquinas y robots.

¿Qué sucedería si la tecnología que hoy está al servicio del hombre, se volviera en su contra? Eso se preguntó un grupo de expertos de la casa de altos estudios norteamericana que concluyó con los resultados sorprendentes. Con base en una serie de cálculos y complejos algoritmos, los científicos elaboraron además el top ten de profesiones y oficios que corren más riesgo de desaparecer a mano de algún cable, chip o avanzado software informático.

Los agentes de préstamos se ubicaron en primer lugar con 98% de probabilidades de ser completamente automatizados, seguidos de los recepcionistas con 96%, los asistentes legales con 94% y los vendedo-

3 DANS, Enrique. “Tu trabajo y la sustitución hombre-máquina. 14 de septiembre de 2.015. <https://www.enriquedans.com/2015/09/tu-trabajo-y-la-sustitucion-hombre-maquina.html>

4 Cfr.: “La hipótesis cibernética”. Tiququnim. <http://tiququnim.blogspot.com.es/2013/01/la-hipotesis-cibernetica.html>

res del comercio con 92%". Además, algunos oficios que normalmente se asocian con tareas bastante "humanizadas" tampoco estarán libres de sumarse a esta tendencia, según advirtieron. Los taxistas y choferes tienen 89% de probabilidades de ser reemplazados por robots; los guardias de seguridad, 84%; los cocineros, 81% y los *bartenders*, 77%. El listado termina con los asesores financieros, con 58% de probabilidades de automatización y los corresponsales y periodistas, apenas con 11%.

Esta reflexión es especialmente importante en el seno de la función de juzgar, de impartir justicia. Son muchas las historias, tal vez los sueños premonitorios que sobre un futuro próximo podemos llevar a cabo, y ello siempre nos acerca a la disyuntiva que el ser humano puede librar contra su propia existencia, contra sus propias creaciones. Fernández de Lis⁵ se hacía eco en fecha no muy lejanas de las palabras expresadas por Kevin Warwick, un científico inglés que señalaba, que, "a todos los que queráis seguir siendo humanos, tengo que deciros una cosa: en el futuro, seréis una subespecie", transmitiendo la necesidad de que los humanos se "actualicen" para no ser eliminados por ellos. No es algo nuevo; la literatura y el cine de ciencia-ficción están repletas de historias sobre máquinas inteligentes que intentan aniquilar o por qué no, sustituir al género humano. Warwick considera que los humanos pueden y deben ser actualizados. Las máquinas son superiores porque tienen, al menos, cinco cualidades de las que carecemos: poseen una memoria casi ilimitada, una capacidad de cálculo extraordinaria, la posibilidad de comprender más de tres dimensiones o cinco sentidos -pueden captar ultrasonidos o emitir infrarrojos- y, finalmente, pueden comunicarse sin hablar.

Lo que muchos consideran el mayor avance del género humano es, según Warwick⁶, "una forma

anticuada" de comunicar pensamientos. Así, argumenta, que si no reconocemos nuestra inferioridad y utilizamos nuestros conocimientos para mejorar, la inteligencia artificial terminará superando y aniquilando a la humana. "El ser humano es sólo superior en comprender bromas o disfrutar de la música. Pero éstas son cosas que, francamente, sólo preocupan a los humanos". El científico reconoce que conseguir que los seres humanos fusionen sus capacidades con las de las máquinas es aún ciencia-ficción, pero cree que sus experimentos demuestran que no lo será por mucho tiempo. Sin embargo, el desarrollo tecnológico que habilita otras formas de la comunicación humana; comunicación que acelera y transforma los flujos, produciendo impacto en las percepciones y en los procesos cognitivos; circulación del *poder* y del control; riesgo y posibilidad, he aquí otras dimensiones de la complejidad en la que estamos inmersos y que supone desafíos de muy diversa índole, entre otros, desafíos para las estructuras institucionales conocidas y las formas tradicionales de regulación de las relaciones sociales; desafíos, consiguientemente, para la teoría y los teóricos del derecho. Desafíos, por último, para la comprensión de tan sofisticados procesos y de las formas de legalidad que a ellos corresponden, que se toman, por razones estructurales, progresivamente más opacas.

A título de ejemplo, puede traerse a colación una obra teatral titulada "Dura Lex", la cual hacía referencia a una máquina llamada "Dura Lex Pro 1.0"⁷, que era un aparato mecánico con el que se buscaba impartir justicia. Entre las variadas prestaciones del invento destacaba su agilidad en el procesamiento de conductas delictivas, su economía de medios facilitada por la supresión de fiscales, abogados, procuradores y otros roles jurídicos, y su irrepachable imparcialidad mecánica.

5 Cfr. FERNANDEZ DE LIS, Patricia. "¿Sueñan los ordenadores con ovejas eléctricas?" Público. 9 de octubre de 2.008 <http://www.publico.es/ciencias/tecnologia/suenan-ordenadores-ovejas-electricas.html>

6 Cfr.: WARWICH, Kevin. "El hombre Chip". Noviem-

bre de 2.004- http://elpais.com/diario/2004/11/21/sociedad/1100991605_850215.html

7 Cfr.: "Con ustedes, Dura Lex Pro, la máquina de hacer justicia" Faro de Vigo. 16 de enero de 2.015. <http://www.farodevigo.es/portada-pontevedra/2015/01/16/dura-lex-pro-maquina-justicia/1166321.html>

Todo ello para solucionar todas las imperfecciones del sistema judicial.

Ello se justifica, por ejemplo en la afirmación de que el juez que se limita a aplicar la ley es un mal juez, tal como ha señalado José María Loperena, que indica que en el mundo del derecho, son muy pocas las veces en que la ley recorre el mismo camino que la justicia. Administrarla constituye algo más que aplicar la ley. Si un juez, al dictar sus sentencias, se limita a condenar a cada justiciable con lo que el Código Penal sanciona, es un mal juez. Fue Kevin Wilkes, un joven graduado en leyes por la Universidad de Yale, quien indicaba que los conflictos judiciales sobre accidentes de tráfico, los resuelve una computadora. Un funcionario introduce en ella el atestado policial, el fiscal sus pruebas de cargo, y los abogados de las partes, las de descargo y sus alegaciones. El ordenador procesa automáticamente todo aquel berenjenal y, en pocos segundos, aplicando con rigurosidad la ley y la jurisprudencia, dicta sentencia.

Los defensores de la justicia cibernética alegan, como argumento, que las máquinas evitan el tráfico de influencias, la lentitud de los procesos, sus exorbitantes costos y la desigualdad. Pero por quienes creemos que el concepto de justicia va unido a la igualdad, al ejercicio de la libertad, al derecho a vivir en democracia y a la consecución de la felicidad mediante la distribución equitativa de la riqueza, obviamente se ha de rechazar esta posibilidad.

A sensu contrario, y de manera ciertamente controvertida, recientemente un programa informático se ha hecho pasar por un adolescente de trece años mientras respondía a las preguntas de un jurado y ha conseguido convencer a un tercio de los jueces. Ello ha determinado que se supere así el mito del test que planteó el matemático británico Alan Turing hace 65 años, aunque, según algunos expertos, el impacto de este avance es más mediático que científico. El experimento consistía en que un equipo de personas planteaba una serie de preguntas mediante el teclado durante cinco minutos y debía juzgar si las respuestas recibidas procedían de un ser humano o de una má-

quina. Para superar el test se requería que al menos un 30% de los jueces no lo supiera discernir. Pero para los especialistas en programación y para todos los aficionados a la tecnología futurista y los conceptos relacionados con la inteligencia artificial, el test de Turing no necesita que nadie ni nada lo dé a conocer, ya que es una de las pruebas tecnológicas que más expectación ha levantado con el paso de las décadas, y que nadie nunca había logrado superar.

Alan Turing⁸ propuso el test que lleva su nombre en el año 1950, en un artículo titulado *Computing Machinery and Intelligence*. En ese artículo se preguntaba: “¿piensan las máquinas?”, y sostenía que si una máquina se comportaba en todo como si fuese inteligente, entonces era inteligente. Fernando Cuartero, recoge las argumentaciones llevadas a cabo por Turing, y analiza una batería de posibles objeciones a su propuesta, en concreto, las siguientes:

a) Argumento teológico: Según esta objeción, pensar es una cualidad del alma inmortal que Dios ha proporcionado a los seres humanos, pero no a los animales ni máquinas. Por tanto, ni animales ni máquinas podrían llegar a pensar. La respuesta de Turing es que esta objeción limitaría la “omnipotencia” divina, pues Dios, debería tener la potestad de conceder el pensamiento a una máquina o a un elefante si lo estimara adecuado.

b) Argumento del avestruz: Las consecuencias del hecho de que las máquinas pensarán serían demasiado horribles, por lo que debemos esperar y creer que no pueden hacerlo. Para Turing, es un argumento poco sólido, más que una refutación, quienes lo esgrimen necesitan consuelo.

c) Objeción Matemática: La Lógica Matemática demuestra que existen limitaciones al poder computacional de las máquinas: El Teorema de Gödel. Turing responde que estas limitaciones son ciertas, pero que también se aplican a los humanos.

8 Cfr.: TURING, Alan. Universidad Pompeu Fabra. https://www.upf.edu/pdi/dcom/xavierberenguer/recursos/fig_calc/_9_/estampes/2_3.htm y *Computing Machinery and Intelligence*. <http://www.csee.umbc.edu/courses/471/papers/turing.pdf>

d) Argumento de la consciencia: Hasta que una máquina no sepa escribir un soneto o componer un concierto con base en los pensamientos y las emociones que siente, y no a consecuencia de la generación aleatoria de símbolos, no podremos estar de acuerdo en que la máquina pueda ser igual que un cerebro, es decir, que no solamente sepa escribirlos, sino también que sepa que los ha escrito. Para Turing, esta objeción conduce al solipsismo, pues ¿Cómo se sabe si un humano sabe o no? ¿Cómo se sabe si una máquina sabe o no? ¿Cuál es la realidad?

e) Argumento de varias incapacidades: Admito que usted puede compeler a las máquinas a hacer todas las cosas que acaba de mencionar, pero nunca podrá inducir a una máquina a hacer determinadas tareas, por ejemplo: Ser bueno, fértil en recursos, guapo, amistoso, tener iniciativa, tener sentido del humor, enamorarse, disfrutar las fresas con nata, etc. Es más, también sabemos que las máquinas no pueden cometer errores, y los humanos sí. Turing responde que la primera objeción se basa en una aplicación equivocada de la inducción científica. Del hecho de que las máquinas no han hecho tales acciones, se pretende deducir que no pueden hacerlas. La segunda objeción es aún más extraña, ¿acaso son peores por no cometer errores? En cualquier caso, podrían ser programadas sin problemas para poder cometer errores.

f) Argumento de Lady Lovelace: Una máquina no pretende crear nada. Sólo puede hacer cualquier cosa que sepamos ordenarle que haga. Para Turing, el argumento más utilizado como crítica, pero advierte que cualquier sistema suficientemente complejo puede ser indistinguible de un sistema “creativo”. No podremos saber si su decisión es autónoma o determinada por su programación.

g) Argumento de la continuidad del sistema nervioso: El sistema nervioso no es una máquina discreta. Un pequeño error en un impulso nervioso de una neurona, puede representar una gran diferencia para el volumen del impulso saliente. Turing acepta la objeción, sin embargo señala que aunque los circuitos eléctricos binarios son discretos,

en la programación esa consideración desaparece. En el juego de la imitación esta objeción no tendría sentido.

h) Argumento de la informalidad del comportamiento: Según el cual, no es posible elaborar un conjunto de reglas que describa lo que una persona debería hacer en cualquier serie de circunstancias. Para Turing, se confunden “reglas” con “leyes de comportamiento”. Las máquinas obedecen las reglas con exactitud, pero si fuese un sistema de reglas lo suficientemente complejo, los imponderables complicarían la toma de decisiones.

i) Argumento de la percepción extra-sensorial: Adaptación a las posibilidades de la percepción extra-sensorial en sus cuatro variantes: telepatía, clarividencia, precognición y psicoquinesis. Este argumento es bastante curioso. Parece muy poco serio, y no está claro si la objeción es una posible ironía de Turing o en realidad aceptaba realmente estas ideas hoy completamente desacreditadas y que no merecen atención.

Al hilo de ello, Mayer-Schoenberger⁹, recogía recientemente unas reflexiones con relación a la técnica Big Data, y a la posibilidad de juzgar a una persona, a través de sistemas de computación y de criterios de aproximación a la verdad sobre la base del tratamiento masivo de datos. De tal modo, que simplemente por ese tratamiento acumulativo de datos, podría llegarse a un veredicto de culpabilidad o de inocencia basado en criterios de mera aproximación, en función de la información acumulada con relación a una persona.

Todo lo anterior, nos lleva a reflexionar sobre el avance de la cibernética en relación con la Administración de Justicia, y por muchas justificaciones, teorías y explicaciones que se puedan aportar, hay llamar la atención sobre el hecho de que por muy intenso que sea el desarrollo tecnológico, lo único que es insustituible es el ser humano, al menos de momento.

⁹ Cfr.: MAYER-SCHOENBERGER, Viktor y CUKIER, Kenneth. “Big data. La revolución de los datos masivos”.

Tal como expone Fernando de Trazegnies¹⁰, un problema interesante y comprometedor consiste en predecir es si seguirán habiendo jueces en el futuro. La pregunta específicamente es si los jueces sobrevivirán a la tecnología moderna o si, por el contrario, la inteligencia artificial permitirá que las computadoras resuelvan las controversias, quizá con mayor velocidad y con más independencia. No es una broma, es un problema serio que debemos examinar con cuidado. Ya ahora las computadoras organizan y manejan las empresas, pilotan los aviones, es posible hablarles, formularles preguntas sea con la voz o por escrito y ellas pueden respondernos por el mismo medio. Y eso puede a llevar a pensar que las controversias judiciales pueden ser razonadas de manera más precisa y matemática, lo que llevaría a que las propias computadoras actuaran de jueces, y concluye afirmando: “sin embargo, es tan absurdo pretender que una máquina puede resolver los problemas fundamentales del hombre (entre los que incluyo a la necesidad de justicia) como creer que la moderna tecnología no puede ayudar al hombre en resolver tales problemas”, pero debe tenerse en cuenta que tanto los “sistemas expertos” de la computación como los expertos humanos se dedican a resolver problemas y a adoptar decisiones en casos donde el conocimiento es incompleto, incierto e incluso contradictorio.

Los denominados “sistemas expertos” se presentan por lo común en forma de software, o sea en forma de programas informáticos. Su propósito no se limita en proporcionar un universo de documentación para resolver determinados problemas jurídicos, sino que su objetivo es ofrecer la solución misma. Merece una atención especial la posibilidad de aplicar los sistemas especializados en la magistratura. Para muchos abogados no resulta atractivo ni conveniente la automatización de las decisiones judiciales. Sin embargo, si se toma con la debida reserva y limitación, si se consideran como auxiliares de la labor judicial, la aplicación de

tales sistemas permitiría a los magistrados dedicarse a actividades más complejas, liberándose de ciertas rutinas cotidianas muy desgastantes. En este sentido, los “sistemas expertos” podrían descargar en mucho a la labor judicial en sus aspectos rutinarios y cuantitativos para agilizar los trámites de los procesos judiciales. Hay teorías que son demasiado mecánicas y repetitivas, que a través de “formularios” automatizados podrían simplificarse y agilizar su empleo y aplicación con sólo hacer una “adaptación de datos”. A pesar de tan bondadosa oferta, se entiende que existen partes de la actividad judicial que por su especificidad y contenido, hacer imposible percibir de la actividad intelectual y directa de magistrados y jueces para el buen logro de la solución del caso concreto¹¹.

Por todo ello, quedémonos con la expresión afortunada de Pierre J. Proudhon¹², en la que se señaló “que la justicia es humana, absolutamente humana, nada más que humana y que es injusto relacionarla con un principio superior a la humanidad”.

11 En ese sentido, se pronuncian Agustín Aguilera Estrada Agustín Aguilera Miranda, quienes además afirman que el derecho, como todas las ciencias, viene sufriendo los últimos años una extraordinaria evolución a causa de la introducción de la informática las ciencias y a la adopción de medios electrónicos de reciente invención, por tal motivo, el siglo pasado se podría considerar como el siglo de las computadoras sus últimos años y los inicios del siglo XXI puede llamarse de la cultura cibernética, un sentido de sumisión más que de dominación sobre ella. Cfr.: AGUILERA ESTRADA, Agustín, y AGUILERA MIRANDA, Agustín. “La iuscibernética”. Investigación Jurídica. Volumen 6, número 1º. Nueva Época. Agosto-diciembre de 2.010 <http://www.uaz.edu.mx/cippublicaciones/ricvol6num1/aiuscibernetica.pdf>

12 Freddy Mariñez Navarro. “La filosofía de Justicia y Libertad en Pierre Joseph Proudhon”. Revista de Humanidades: Tecnológico de Monterrey número 8, año 2000. Instituto Tecnológico de Monterrey. Monterrey, México.

13 Freddy Mariñez Navarro. “La filosofía de Justicia y Libertad en Pierre Joseph Proudhon”. Revista de Humanidades: Tecnológico de Monterrey número 8, año 2000. Instituto Tecnológico de Monterrey. Monterrey, México.

10 TRAZEGNIES, Fernando de. ¿Seguirán existiendo jueces en el futuro?. El razonamiento judicial y la inteligencia artificial. Revista *Ius et Veritas* número 47. Diciembre 2013 <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/11938/12506>

VI. EL COSTE Y LAS “COSTAS” DE OBTENER JUSTICIA

CESÁREO GUERRA GALI
ABOGADO

Va Caperucita por el bosque y, de repente, se encuentra con el lobo feroz. Caperucita le dice al lobo: “*¡a ti te andaba buscando yo!*. Sé que eres abogado y preciso de tu *asesoramiento para poner una demanda en el juzgado contra mis hermanos por la herencia de mi pobre abuelita que ha desaparecido, seguramente ha muerto. Además quiero poner una querrela por el asesinato de mi abuelita contra quien lo haya hecho. No me quiero gastar mucho dinero ¿Cuánto me va a costar esto Lobeznó?. Que sepas Lobo feroz—espeta Caperucita— que me he informado bien en las redes sociales y en google sobre lo que cuesta un abogado y no es muy caro, vamos, que no es muy complicado tu trabajo ¿no?, aunque me veas tan guapa y elegante vestida de rojo, soy lega en derecho ¿sabías?*”.

El Lobo, que es uno de los mejores abogados del bosque, girando levemente su mirada hacia su izquierda (*sabemos los abogados que los testigos, o los que son interrogados, que hacen este gesto*

ocular a la izquierda es posible que estén mintiendo, a esto se le llama “visión constructiva”) dice a Caperucita que no sabía que había fallecido la abuelita y que se siente dolido, arrepentido y triste por esa desaparición y añade: “*Te ayudaré con la demanda y la querrela y te defenderé ferozmente de las intenciones de tus hermanos “malos” en la herencia de la pobre abuelita y en la querrela, todo ello sin cobrarte nada de mis honorarios profesionales como letrado*”. Caperucita, contenta de alegría, y aunque no entendía por qué el lobo dice arrepentirse de la muerte de su abuelita, exclama “*¡¡¡entonces no me costará nada esta demanda y la querrela, ir al juzgado es gratis para mí!!!*”. El abogado lobeznó esboza una mueca dejando relucir sus colmillos y mirando a caperucita le dice “*niña, el primer consejo que te voy a dar es que no te informes de asuntos jurídicos ni de gastos ni costes de la justicia en las redes sociales, te liarás. Y el segundo consejo que te doy es que hay que comprobar que efectivamente tu abuelita está muerta.*”

Continúa el peludo letrado diciendo a caperucita: *“Te voy a explicar cómo estás pagando ya parte de los **costes** del servicio de la Administración de la Justicia y qué significan los **gastos** necesarios para acceder a este servicio de para obtener justicia, y también te hablaré de las **costas** procesales, pero como está a punto de comenzar a llover vamos a la casa de tu pobre abuelita y te cuento allí dentro.”*

El lobezno le contó a Caperucita que además de no cobrarle los honorarios en primera instancia, esto es, hasta que resuelvan en primera instancia sobre su herencia y tampoco cobrarle nada de honorarios hasta que se abran diligencias previas, tiene otra buena noticia, pues los **costes** que comporta la Administración de Justicia, esto es, pagar el sueldo a jueces, funcionarios, letrados de la administración de justicia, a los fiscales, los gastos que proceden del mantenimiento de edificios, el material, mejora de instalaciones tecnológicas, alquiler de edificios, infraestructuras, justicia gratuita, asistencia al detenido, etc, ya los estás pagando, en parte, con los impuestos de Caperucita y de todos los habitantes de este bosque, pues esta financiación procede básicamente de los presupuestos generales del Estado y de los presupuestos de las comunidades autónomas que tengan cedidas competencias en materia de Justicia, como la tiene esta Comunidad Autónoma del Bosque.

Pero como las partidas de estos presupuestos generales del Estado y de las comunidades autónomas que se destinan a los **costes** que se generan en estos servicios no son suficientes, (o más bien los sucesivos gobiernos de este Bosque no destinan cantidades suficientes y convenientes al servicio de la Justicia) estos **costes** también se financian a través de financiación propia y directa de aquellos ciudadanos del bosque que acceden a los juzgados, esto es, de gente como tú. Y lo hacen de dos formas:

La tasa judicial que deben pagar las personas jurídicas (empresas) que quieran ser parte en determinados procesos judiciales. En los procesos civiles se pagan tasas en todos los procesos, excepto los siguientes: los relativos al estado civil, división e

patrimonios, monitorios, verbales de cuantía inferior a 2.000 euros, demanda de ejecución de laudos arbitrales dictados por Juntas Arbitrales de consumo, demanda de ejecución hipotecarias de vivienda habitual; en el ámbito contencioso-administrativo, en el social-laboral cuando se recurre. Le dice el Lobo a Caperucita que en el ámbito penal no se pagan tasas, así que te lo ahorras de los gastos de la querrela. Tu tampoco pagas tasas en la demanda de la herencia de tu abuela porque las personas físicas no pagan tasas judiciales gracias a la reciente reforma legislativa introducida por el RD-L 1/2015 de 27 de febrero. Lo malo es que los que han pagado tasas antes de esta reforma del año 2015 no pueden pedir su devolución pues, como ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia que menciono seguidamente, los que han pagado la tasa antes de esta ley *“han logrado impetrar la potestad jurisdiccional que solicitaban”*, es decir, no se producido una lesión del derecho fundamental que deba repararse mediante la devolución del importe pagado de la tasa.

Respecto a la cuantía de las tasas judiciales, estas han bajado considerablemente pues el que fue ministro de justicia Sr. Gallardón las había puesto muy caras. Es muy reciente la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 21 de julio de 2016 en el que declara inconstitucional ciertos artículos de la Ley 10/2012 de las tasas del ministro Gallardón, lo que provocó una rebaja sustancial de la cuantía de las tasas judiciales pues declara ese alto Tribunal la inconstitucionalidad y nulidad de lo siguiente: En el orden jurisdiccional civil: (...) el pagar 800 euros para la Apelación: Casación y extraordinario por infracción procesal, pagar 1.200 €; en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en el procedimiento Abreviado: 200 € y en el Ordinario: 350 €; en apelación: 800 €; Casación: 1.200 €; y en el orden social: Suplicación: 500 € o Casación: 750 €. Así es, estas cantidades ya no se tienen que pagar por vulnerar la Constitución.

Esto es, Caperucita —le dice el Lobo— *por ejemplo, si te pone el guarda forestal una multa por velocidad o mal estacionamiento de tu carro*

y tu carro estuviere a nombre de alguna empresa tuya, ya no tienes que pagar 200 euros de tasa fija para poder recurrir la multa en el juzgado contencioso-administrativo. Ni tus hermanos, si pierden la demanda que le vamos a poner no tendrán que pagar la tasa de 800 euros para poder recurrir la sentencia en apelación ante la Audiencia Provincial.

El depósito judicial para poder recurrir una resolución judicial se paga poco. (Aquí son 25 euros para recursos contra resoluciones no definitivas y 50 euros para el resto de resoluciones). El pago del depósito se aplica también al ámbito penal, sólo si eres acusación popular.

“Mira bien, Caperucita,—añade el letrado— las tasas judiciales y los depósitos (gastos para acudir al servicio de la justicia) que te he hablado son parte de las **costas** de un procedimiento judicial. Como ves Caperucita la tasa judicial por un lado y el depósito para poder recurrir por otro, además de ser instrumentos de financiación impositiva por el Estado que hay que pagar previamente antes de litigar o recurrir, es también recuperable mediante la condena en **costas** resuelta por el juez a tu favor por medio de la tasación de costas, si así lo estima el juez al condenar a la otra parte al pago de tus costas. Esto es, ambas forman parte de las costas según se dispone en el reformado artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En cambio en el orden penal, al no estar considerado el depósito ni la tasa como parte de las costas, el juez no puede condenar al que perdió el pleito a reintegrarlas a la otra parte.”

“Fíjate Caperucita- le dice el Lobo- siguiendo con el asunto de los **costes** de la justicia, informarte que para el año 2016 hay un presupuesto de 1.577,67 millones de euros, sólo un 7% más que el ejercicio pasado y la mayoría va destinada a la modernización de la justicia, pero estas cantidades siguen siendo insuficientes para que el servicio de la Justicia en este inmenso Bosque y con tantas personas que precisan de este servicio.

“Entonces- salta Caperucita- ¿Qué tengo que pagar yo?. ¿Qué diferencia hay entre estos **costes** y las **costas**?”

“Son dos cosas diferentes Caperucita, los costes son los que te he dicho antes, los diferentes gastos que deben sufragarse a través del Estado y de las comunidades autónomas a través de la recaudación de impuestos, por un lado, y por otro, se recauda a través de las personas (fundamentalmente empresas) que acuden a este servicio jurisdiccional (La Justicia) mediante el pago de tasas judiciales y los depósitos judiciales para que, de este modo también, se financie la administración de justicia, y las **costas** del procedimiento son los gastos particularizados, más estrictos que los gastos procesales, de cada litigante (persona física o moral) que quiera interponer una acción judicial o defenderse de una acción que se dirija contra él, en un Juzgado o Tribunal.”

“Más claramente te digo esto: no se llaman costas procesales lo que tu pagas a tu propio abogado o lo que pagas a tu procurador o a tu perito en tu defensa. Estos son simplemente **gastos particulares** que tienes como litigante con tus profesionales, cuya cuantía y encargo se acuerdan libremente entre ellos. En cambio se llaman **costas** procesales a aquella parte de los propios gastos procesales que has tenido que sufragar (y que el art 241.1 Ley de Enjuiciamiento Civil dice cuales son: tu abogado, tu procurador, gastos que has tenido de anuncios edictos, depósitos, facturas de los peritos, certificaciones o copias que te han costado dinero, aranceles o tasas que has pagado) que pueden ser reclamados a la parte contraria (a tus hermanos en tu caso) cuando una resolución judicial así lo declare. Así es, las **costas** procesales es lo que te paga el contrario que ha perdido el pleito o que te tiene que pagar porque ha pleiteado con temeridad y así lo declara el juez a tu favor para sufragar parte de los gastos que tú has soportado en tu defensa (los señalados en el artículo 241.1 de la LEC antes citado).”

*“Por tanto, es importante que sepas, Caperucita, que si tu ganas el pleito a tus hermanos en la declaración de herederos y el juez les condena en costas, tu podrás recuperar parte de los **gastos** que has tenido que sufragar (algunos de los que hayas tenido los cuales se enumeran en el citado artículo 241.1 de la LEC, abogado (yo, el lobo), tu procurador, tu perito...). Estas **costas** las recibirás Caperucita en concepto de indemnización, pero ojo, esa indemnización que recibes tributa en tu declaración de la renta del próximo ejercicio como ganancia patrimonial pues la Dirección General de Tributos señala que al tratarse de una indemnización a la parte vencedora: “ el pago (por parte de la entidad condenada en costas) de los honorarios del abogado y procurador en que ha incurrido el consultante, la incidencia tributaria para este último viene dada por su carácter restitutorio del gasto de defensa y representación realizado por la parte vencedora en un juicio, lo que supone la incorporación a su patrimonio de un crédito a su favor o de dinero (en cuanto se ejercite el derecho de crédito) constituyendo así una ganancia patrimonial, conforme con lo dispuesto en el artículo 33.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE del día 29)”.*

“Sería como un resarcimiento a tu favor por el daño de la conducta de tus hermanos por ponerte una demanda o por defenderse de tu demanda cuando tienes razón en tu petición o en tu defensa y el Juez admite enteramente tu pretensión desestimando las tesis del contrario.”

Caperucita pregunta a su abogado -“¿Por qué dices que las **costas** que me pague el contrario recuperaré sólo parte de esos gastos que he tenido con mi abogado y mi procurador?. Al final salgo perdiendo algo de dinero.”

Y el Lobo le dice a Caperucita que efectivamente, al final, posiblemente, no recupera Caperucita todo

porque y que debe entender primeramente, que entre abogado y cliente rige la libertad de pactos y de empresa y se puede pactar los honorarios libremente, por eso los que son condenados a **costas**, esto es, a pagar al contrario los gastos que ha tenido el contrario en el pleito, no pueden estar supeditados o condenados a satisfacer las cantidades que han pactado el abogado contrario y su cliente y que no han sido negociadas con el litigante perdedor.

Sigue hablándole el Abogado lobezno a su cliente diciéndole que para calcular las costas procesales se han establecido unos baremos o tarifas fijos para evitar el enriquecimiento injusto y caer en desequilibrios o minutas abusivas en contra de quien ha sido condenado en costas. Estos baremos se encuentran fijados por cada uno de los colegios de abogados que hay en España y, respecto a los procuradores sus derechos económicos se contienen en sus aranceles fijados por el Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de derechos de los procuradores de los tribunales. Lo mismo ocurre con otros funcionarios y profesionales donde sus derechos económicos deben estar sometidos para la tasación de costas al rigor de sus aranceles. “Por eso- dice el peludo abogado- si yo te cobrara más del límite de lo que se dice en ese baremo o criterios del Colegio de Abogados del Bosque, el contrario te devolvería el límite expuesto en ese baremo, pero la diferencia, basta pagar lo que tu y yo hubiéramos acordado, debes abonármela tu Caperucita.”

Es lo que ha determinado el Tribunal Supremo en la sentencia de 21 de mayo de 2007 lo siguiente: “Esta Sala ha venido declarando que lo concedido a la parte ganadora es un crédito frente a los obligados al pago de las costas procesales y no un derecho de repetición o de reembolso de lo abonado por los acreedores a los abogados que los defienden...”

El lobo aclara: “cuando haya condena en **costas** procesales y la resolución que lo acuerde ha adquirido firmeza, tus hermanos deberán en el plazo de 10 días pagar las costas que haya tasado el secretario judicial, que se llama ahora

Letrado de la Administración de justicia. Si no pagan o impugnan las **costas** procesales por excesivas o indebidas se abriría un incidente de costas que lleva su procedimiento diferenciado en el juzgado y que previo dictamen del Colegio de Abogados, termina con una resolución del juzgado confirmando la tasación realizada o dando la razón a la parte que la impugnó.”

“El fundamento de la existencia de la condena en **costas** al que pierda el pleito (criterio de objetividad o de vencimiento) o litigue con temeridad (criterio subjetivo o de la temeridad) y sea condenado en costas a favor de la otra parte se basa en la aplicación y observancia del principio de indemnidad, esto es, que el hecho de litigar no suponga, en la medida de lo posible, un gasto económico a quien se ha visto obligado a acudir a los tribunales en defensa de sus derechos. Vamos, que le salga casi gratis los gastos que ha tenido que soportar recuperándolos de la parte contraria. Entiende Caperucita que esto puede ocurrir, esto es, el que por condenar al contrario recuperes parte de lo que te has gastado en abogados procuradores. . . . tanto si tú demandas a tus hermanos en esta herencia y te dan la razón enteramente, como si eres demandada por tus hermanos y a ellos el juez le desestima las pretensiones de su demanda.”

Caperucita interrumpe a su abogado y le pide que le ponga un ejemplo de honorarios de abogado y procurador, pues señala Caperucita que es fácil saber qué cuesta una cesta de flores, un vestido rojo, un médico, un restaurante, pero no un abogado o un procurador.

“Caperucita- señala el Lobo- esto que me pides es muy complicado, pero te pondré algunos ejemplos si me prometes perdonarme en algo que te he hecho que me pesa y de lo que me encuentro muy arrepentido y que por ese hecho no te voy a cobrar mis honorarios.

“Vale -dice Caperucita- pero me tienes que decir qué has hecho y en qué debo perdonarte”.

-Te lo contaré cuando termine de explicarte y contestarte a tus preguntas, contesta el Lobo.

“Mira Caperucita, para las personas no es barato acudir a la justicia, que, como has visto, tienen que pagar tasas, depósitos, abogados, procuradores, peritos. . . . En ocasiones la gente no acude porque es un servicio caro. El Legislador, sabedor de este problema, ha venido modificando y dictando leyes que permiten a las personas reducir estos **costes/gastos**. ¿Cómo lo ha hecho?, La Constitución española establece que la justicia será gratuita para quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar. Bueno, eso es perfecto ¿pero qué pasa con las personas cuyos recursos económicos son algo escasos, pero que no cumplen con los requisitos para acceder a la justicia gratuita, a esa que se subvenciona con los presupuestos generales del estado y de las comunidades autónomas?. Ha habido avances legales Caperucita para minimizar-incluso para eliminar- los gastos necesarios para acceder a la justicia. Por ejemplo, no es preceptiva la actuación de abogado ni la de procurador cuando se reclaman cantidades de hasta 2.000 euros. También se ha posibilitado el divorcio de mutuo acuerdo-sin hijos- ante notario, sin necesidad de abogado ni procurador (cuesta el divorcio ahora en el notario unos 250 euros). Desde luego, como he dicho antes, rebajando la cuantía de las tasas judiciales como ha hecho el Tribunal Constitucional o eximiendo de pago de tasas a las personas sin recursos como hemos dicho anteriormente. Los procedimientos monitorios en España y los monitorios europeos (en ellos se reclaman cantidades vencidas, liquidas y exigibles), no precisan de abogado ni procurador. Además, ahora, con el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil se pretende librar a las sociedades mercantiles y a sus administradores, que estén en causa de suspensión de pagos, a tener obligatoriamente que acudir a un procedimiento concursal ante el juzgado de lo mercantil (como es obligatorio ahora) con lo costoso que supone este procedimiento concursal (abogado procurador auditor, periciales, tasas, Administrador concursal, depósitos. . .) y lo colapsado que están los juzgados mercantiles, pues, cuando se apruebe

este Anteproyecto los administradores de sociedades con activos insuficientes sólo tendrán que otorgar escritura pública haciendo constar esta circunstancia que, junto con un informe sobre operaciones de liquidación, relación de créditos y otros requisitos documentales más, no están obligados a ir al juzgado sino que depositarán esa documentación en el Registro Mercantil y el registrador lo comunicará telemáticamente al juzgado para que el juzgado declare el concurso. La publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil será gratuita, pero la publicación en diarios será a cargo del liquidador.

“Poco a poco Caperucita, como ves, se van minimizando los gastos que tiene que soportar una persona que quiere acceder a los servicios de la justicia.”

“En cuanto a los letrados, te digo que hay libertad de empresa y de pactos y que debes tener en cuenta del abogado que contrates, al menos, estas cosas: especialización en la materia, experiencia profesional, ponderación por volumen de documentos que tiene que manejar, número de personas contra las que hay que pleitear, cuantía del procedimiento que incide en la responsabilidad del abogado, y que sea un abogado con ética profesional y personal y. . . . sobre todo en mi caso, te pido que seas comprensiva y misericordiosa. Verás tu abuelita no ha muerto la había escondido yo en una cueva del bosque porque quería vestirme como ella y darte un susto de muerte.

Claro, es que soy un lobo y no me puedo resistir, tengo ese defecto de nacimiento.”

En ese momento entra el cazador del Bosque en la casa de la abuelita y apuntando con una escopeta al Lobo le dice -¿Lobo malo! tu entierro no tendrá **coste** para nadie, pues nadie te velará!!. Pero, inmediatamente, sin pensarlo, Caperucita sale a proteger al Lobo interponiéndose entre el Cazador y su abogado y dice: *“Creo que todos aquí debemos pedirnos perdón. Yo la primera al Lobo pues he abusado de su buena voluntad y he procurado no pagarle nada por sus servicios, con mentiras y despreciando la importancia de su trabajo y de sus derechos, pensando sólo en los míos. No es excusa mi falta de dinero para pagar al Lobo sus servicios. He sido egoísta. Por un momento, cuando me dijo el Lobo lo que ha hecho con mi abuelita le he juzgado con mucho rencor. Hay que entender que todos cometemos errores y el Lobo no ha podido contenerse, es su naturaleza, ha nacido así, ya le conocemos, pero estoy convencida que lucha por enmendarse. Estoy alegre porque mi abuelita está viva y quiero recordaros a los dos que os debéis perdonar siempre, no sin antes convenceros que no debéis juzgar a nadie por su apariencia, ni por su condición, ni por sus defectos o por su naturaleza. Ni el Lobo al Cazador, ni el Cazador al Lobo, pues, “No juzguéis y no seréis juzgados; no condenéis y no seréis condenados. Perdonad y seréis perdonados”.*

VII. LA SENTENCIA

EDUARDO DE URBANO CASTRILLO
MAGISTRADO

Aprendí hace tiempo, leyendo una sentencia del Tribunal Constitucional, que “la sentencia es la verdad oficial del Estado” sobre una controversia que se ha presentado ante los Tribunales.

Por eso no pueden sorprender afirmaciones que hablan de la gran responsabilidad que tienen los jueces, las personas encargadas de dictar sentencia: “El juez es el derecho hecho hombre”, quien si pronuncia a mi favor la palabra justicia me hace comprender que el derecho no es una sombra vana pero si el juez no está despierto, la voz del derecho queda desvaída y lejana como las inaccesibles voces de los sueños.¹

La función jurisdiccional, ejercida por los jueces y magistrados, representa la última garantía de un Estado de derecho, algo así como la esperanza que debe anidar en nuestra alma por muy mal que vengan las cosas.

Y es que “quien tiene fe en la Justicia, consigue siempre... cambiar el curso de las estrellas”².

Pues bien, para administrar recta e imparcial Justicia, se necesitan dos cosas sobre todo: medios suficientes, y leyes que tiendan, siempre, a dotar de mayor independencia a los encargados de administrarla. En caso contrario tendremos una Justicia lenta y cautiva.

Además, es preciso una “justicia fuerte” y que emplee la fuerza de modo justo y proporcionado, pues cuando la balanza de la Justicia está desequilibrada se necesita un esfuerzo grande para reequilibrar las cosas.

Y como decía un Abogado que siempre terminaba sus informes de este modo: “Se puede vivir con más o menos belleza, se puede vivir con más o menos dinero... pero Señorías, lo que no se puede vivir es sin Justicia”

Pues bien, así como el Gobierno actúa a través de decretos y el Poder Legislativo elabora leyes, los jueces y Tribunales hablan a través de sentencias.

1 CALAMANDREI en “Elogio de los jueces escrito por un abogado”

2 Id. en op. cit.

Veamos, pues, qué es una sentencia y todo lo que le rodea, porque su trascendencia para hacer Justicia es mucha o como me gusta decir, para tratar de ayudar a resolver la patología social; porque de la otra, se ocupan los médicos y los sacerdotes.

¿QUÉ ES UNA SENTENCIA?

Podemos definir la sentencia como la resolución que ha de dictarse a la terminación de un juicio oral, y que supone la conclusión del proceso.

Las sentencias constan de cuatro grandes partes: encabezamiento, antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, concluyendo con el “fallo” o parte final en la que se contienen los pronunciamientos o decisiones que se adoptan en el caso. En las sentencias penales, además, y de modo diferenciado, si bien suele aparecer en los antecedentes de hecho, debe constar “la declaración de hechos probados”

Y así:

Encabezamiento, que debe contener los datos identificativos de la causa y las conclusiones definitivas de las partes.

La **declaración de hechos probados**, que contiene el presupuesto fáctico acreditado en el juicio del que derivan sus consecuencias jurídicas.

Los **fundamentos legales** aplicables a los hechos, esto es, las normas o leyes aplicables al caso con los razonamientos jurídicos que lleven a las decisiones que el órgano judicial adopta.

El **fallo** o parte dispositiva de la sentencia, en la que deben incluirse los pronunciamientos derivados de los hechos declarados probados y lo resuelto sobre las costas procesales.

Pero no basta lo anterior, para que estemos ante una sentencia que válidamente ponga fin al proceso, debe cumplir los requisitos constitucionales y técnicos que le son exigibles

Pues bien, como exigencias constitucionales, toda sentencia ha de respetar unas exigencias constitucionales que implican su validez:

La sentencia deberá ser dictada dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e

imparcial establecido por la ley, “debe ser pronunciada públicamente”.

Las sentencias, así como las resoluciones que declaren las demandas admisibles o no admisibles, “serán motivadas” y que si no existiera opinión unánime de los jueces, cualquier juez tendrá derecho a unir a ella su opinión separada o “voto particular”.

Y además, deben cumplir los requisitos de motivación, inmodificabilidad, recurribilidad y ejecutabilidad.

De todas estas exigencias, la más importante es la motivación, que cumple estas dos finalidades: dar a conocer las razones que han conducido a la decisión y posibilitar su control, haciendo posible que la sentencia sea revisada por un órgano superior.

Una sentencia debidamente motivada, debe cumplir las notas de suficiencia, exhaustividad y congruencia.

Así:

Suficiencia. Debe contener los razonamientos bastantes que permitan conocer la razonabilidad de la decisión.

Exhaustividad. Las sentencias deben decidir sobre todos los puntos, objeto del debate.

Congruencia. La sentencia debe expresar una correlación entre las pretensiones expuestas por las partes, y lo resuelto. Tanto por exceso como por defecto –incongruencia omisiva- puede dictarse una sentencia, incorrecta.

¿CÓMO SE ELABORA UNA SENTENCIA

Las sentencias pueden provenir de órganos unipersonales (Juez) o colegiados (Tribunal). De ahí que proceda distinguir su distinta forma de elaboración.

Sentencia dictadas por órganos unipersonales.

Tras el juicio, el Juez, “según su conciencia, las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los propios procesados, dictará sentencia dentro del término fijado es esta ley” (art. 741 párrafo primero).

La sentencia, fundamentalmente un ejercicio de análisis de la prueba practicada, y de la posterior subsunción de los hechos declarados probados en las normas correspondientes, se redactará y firmará por el Juez que presidió el juicio y desgarrará las razones –fundamentos de derecho- en que base sus pronunciamientos, contenidos en el fallo.

Una vez firmada, se publicará en audiencia pública –tramite actualmente obviado- , se notificará a las partes y a quien pueda afectar –señaladamente, la víctima aunque no se hubiera constituido formalmente en parte procesal- y se registrará, uniéndose al libro registro de sentencias del juzgado, rubricada en todas sus hojas por el Presidente, a la que se unirá certificación literal de la misma , expedida por el Secretario.

Otra posibilidad, es la de dictar sentencia *in voce*, es decir, de modo oral al finalizar el juicio, sin perjuicio de su posterior redacción y cumplimiento de las restantes formalidades expuestas.

Sentencias dictadas por órganos colegiados.

En los Tribunales, la elaboración de una sentencia es un proceso más complejo pues es preciso incorporar las voluntades de sus partícipes -3 o 5 Magistrados, y excepcionalmente, el Pleno del órgano, 12, 15 o más, así en el Tribunal Supremo o en la Audiencia Nacional - y las vicisitudes a que ello , puede dar lugar.

De este modo, estas sentencias, pasan por las siguientes fases:

- **Estudio por el Ponente.** A fin de facilitar una buena resolución y que se dicte en plazo, se asigna, por riguroso turno, a los distintos magistrados del Tribunal, la preparación de las Ponencias, lo que comporta un examen detallado de lo actuado, la selección de los puntos más controvertidos y la propuesta de decisión que se somete al resto de compañeros del Tribunal.

- **Deliberación de los integrantes del Tribunal.** La siguiente fase, es el debate sobre el asunto, tras la celebración del juicio, al día siguiente o al más

próximo posible que señale el Presidente. Esta fase , la más importante para la formación de la “voluntad” del Tribunal, es secreta, y está prohibido revelarla.

- **Votación.** A continuación, se pasa a votar. Normalmente se empieza con la votación de toda la Ponencia y se declara la culpabilidad o la absolución. En el primer caso, se sigue con los puntos individualizados que constituirán los distintos pronunciamientos.

Se trata de obtener mayorías en cada extremo que someta el Presidente a votación, la cual se hará por el siguiente orden: primero vota el Ponente, luego el Magistrado o Magistrados componentes del Tribunal, por orden inverso a su antigüedad y, por último el Presidente. Ningún magistrado puede abstenerse, sobre ningún punto sometido a votación .

Si la Ponencia quedara en minoría, el Presidente encargará la redacción de la sentencia a otro Magistrado, alineado con la mayoría. Pero si no se obtuviere mayoría, porque se produjera un empate –así un voto para cada postura- se formará una “Sala de discordia”, añadiendo dos magistrados al Tribunal si éste fuera impar o tres si fuera par y de ese modo resolver la cuestión. Si aún así, tampoco se lograra mayoría, se votarán las dos posiciones que hayan obtenido mayor votación. La ley prevé, como remedio extraordinario, la constitución del Peno de la Sala –así, todos los Magistrados de una Audiencia Provincial-a fin de examinar la cuestión y fijar el criterio del Tribunal.

- **Redacción del texto final.** Una vez que se ha logrado fijar la posición del Tribunal, el Magistrado a quien corresponda, redactará la sentencia. Esta redacción se hará, respetando el fondo de lo acordado pero con libertad formal, en cuanto a su expresión por quien la redacta.

Se prevé, que los Magistrados disidentes, salven su responsabilidad, con la redacción de un “voto particular” en la que expresen su posición discordante con el voto de la mayoría, el cual se adjuntará a la sentencia, formando parte integrante de ésta.

- **Firma.** Leída la sentencia, se firma por quienes formaron Sala, y si alguno de los que deli-

beraron, se imposibilita para este acto –fallece, por ejemplo- el Presidente lo hará en su nombre, expresando “Votó en Sala y no pudo firmar”. Pero si dicha imposibilidad se produjera antes de la deliberación, y no resultare mayoría con los otros Magistrados, se celebrará nueva vista, reemplazándose al Magistrado impedido por el que legalmente le sustituya

Los trámites posteriores a la firma –publicación, por el Ponente, notificación y registro- son similares a los previstos para las sentencias unipersonales.

Mientras una sentencia no está firmada no existe como tal. Las “filtraciones” o impresiones recogidas en los medios de información, en tanto no esté firmada, deben tratarse como “rumores” pues la sentencia no es el borrador de la misma ni tampoco coincide siempre el sentido que “se dice” va a tener con lo que resulta finalmente.

2. Clases de sentencias

Muchas son las clasificaciones que podemos hacer de las sentencias.

Según la materia, serían civiles, penales, contencioso-administrativas, laborales y militares.

Según el contenido, absolutorias o condenatorias y respecto a los recursos, se habla de estimatoria total o parcial o desestimatoria.

E igualmente, por sus efectos, sentencias firmes las que pueden ser ejecutadas y no firmes las que aún pueden ser modificadas por pender recursos.

Y más coloquialmente, se habla de sentencias inteligibles, farragosas, incluso “escandalosas” y por el contrario, de sentencias escritas en un lenguaje comprensible y sentencias bien argumentadas.

Pero siempre, una sentencia depende de lo que plantean las partes, y de cómo lo hacen, a través de sus abogados, colaboradores esenciales de la Justicia. Por eso se dice que una buena sentencia depende, fundamentalmente, de que haya un buen abogado detrás.

De todos modos, no conviene olvidar que la sentencias son el resultado de dos cosas, principalmente: del tipo de asunto de que se trate, por eso

no hay sentencias políticas sino asuntos políticos que se judicializan; y de las pruebas del caso, por eso es absurdo y temerario “juzgar” una sentencia sin haberla leído, porque su contenido no siempre coincidirá con lo que nos gustaría sino el que deriva de lo sucedido en el juicio. Tengámoslo presente.

Consecuencias de una sentencia

Dictada la sentencia y notificada a las partes, podemos conformarnos con ella o recurrirla. Pero una vez que la sentencia es “firme”, esto es, que no cabe ya recurso, procede su ejecución porque sino sería una mera declaración de intenciones.

Pues bien, más en concreto, los efectos generales que produce una sentencia, son los siguientes:

Es **título ejecutivo**, una vez declarada firme, lo que permite llevar a efecto sus pronunciamientos.

Es el único **medio de terminación del proceso** cuando se ha celebrado juicio.

Genera obligaciones económicas, como el pago de las costas a cargo de todo condenado y, eventualmente, puede contener un pronunciamiento sobre la indemnización a satisfacer al perjudicado o perjudicados, en la causa.

Y, finalmente, produce efecto de **cosa juzgada**.

Además, desde el punto de vista material, resuelve la cuestión debatida: reconoce un derecho, concede una cantidad que se reclamaba o, en el orden penal, absuelve o condena al acusado.

Precisamente, esto último, es de gran importancia porque si bien cualquier sentencia –civil, laboral...- al ser *res iudicata* impide otro proceso sobre el mismo objeto, en el ámbito penal tiene mayor relevancia aún, porque se prohíbe vulnerar el principio *non bis in idem*, es decir, supone la imposibilidad de juzgar dos veces a la misma persona, haya sido declarada culpable o inocente.

Eso se llama “cosa juzgada”, lo que significa que siempre que se den los requisitos de identidad de personas, objeto y razones jurídicas, lo resuelto por un órgano judicial debe ser respetado por otro posterior, que no puede entrar a enjuiciar de nuevo, ya que ello supondría una vulneración del principio *non bis in idem*.

En el orden penal, la cosa es más estricta, pues si bien en el orden civil puede repetirse un juicio sobre el mismo asunto —una herencia por ejemplo— y las mismas personas, siempre que cambie el objeto jurídico, es decir, la concreta cuestión que se debata, en el ámbito penal se prescinde de la necesidad de la identidad de la norma jurídica invocada en la acusación, pues “*por los mismos hechos ya enjuiciados e imputados a una misma persona no cabe acusar a ésta después en otra causa distinta con el subterfugio de pretender que se trata del ejercicio de distinta acción penal porque se le acusa por delito sancionado en una disposición diferente*” (STS 690/2005, de 3 de junio).

Por el contrario, no se reconoce esa eficacia prejudicial —o sea, su eventual alegación no prosperará— cuando se juzgue en distintos procesos a los distintos autores de un mismo hecho, ya que el segundo órgano enjuiciador no estará vinculado por los hechos declarados probados en la anterior resolución, que se habrá dictado con otras incidencias, pruebas y, fundamentalmente, en relación a persona o personas distintas a las posteriormente enjuiciadas, para las cuales regirá el derecho a la presunción de inocencia.

Tampoco se vulnera el principio *non bis in idem*, cuando en el nuevo proceso sólo se produce una coincidencia parcial con los hechos ya enjuiciados (STC 249/2005, de 10 de octubre).

3. Control de las sentencias

Tras su lectura, el control de la sentencia puede llevarse a cabo en cuanto al fondo y en cuanto a la forma.

En ambos casos, esa tarea se canaliza a través de los correspondientes recursos que establece el ordenamiento jurídico, según qué tipo de sentencia sea y de qué órgano judicial proceda.

Por otro lado, lo más importante para el justiciable es qué decisión se ha tomado pero para el jurista, la clave es por qué se ha tomado la decisión.

Eso significa que la clave de toda sentencia es la

motivación: las razones en que se basa la decisión o decisiones que se albergan en ella.

Esta exigencia, recogida en el art. 120.3 CE, implica la necesidad de que toda sentencia contenga las razones o fundamentos en que se base la decisión. Es decir, que se motiven los distintos pronunciamientos de la misma.

Si toda sentencia es fundamentalmente un ejercicio práctico de valoración de las pruebas, es esencial dar algunas indicaciones sobre los criterios a utilizar.

Y muy sintéticamente, la doctrina y la jurisprudencia insisten en que deben aplicarse las reglas de la sana crítica, y huir de toda valoración arbitraria, absurda, ilógica o contraria a las máximas de la experiencia y los principios científicos.

Por tanto, los criterios a manejar son: la racionalidad o razonabilidad de la valoración, el empleo de la sana crítica a la hora de descartar el contenido de algunas pruebas, el empleo de las máximas de la experiencia y, en su caso, el respeto a los principios científicos relacionados con una prueba determinada (normalmente, la pericial).

Las reglas de la sana crítica vienen a ser una especie de estándar jurídico o la aplicación del buen arte de juzgar, permitiendo soluciones flexibles al caso pero que no se originan en la inventiva personal ni en la caprichosa interpretación del juez y que deben orientarse a procurar “la justicia del caso”.

El problema de las reglas de la sana crítica es que no están codificadas pero funcionan como las más elementales directrices de la lógica humana, especialmente útiles a la hora de valorar pruebas contradictorias o la prueba indiciaria, así cuando se trata de interpretar informes periciales contradictorios o indicios diversos, tareas que demandan una libre —y explicada— valoración del Juez.

Por su parte, “**las máximas de la experiencia**”, expresión que tan frecuentemente aparecen en las resoluciones de nuestro Tribunal Supremo, podemos definirlas como **generalizaciones** basadas sobre un cierto número de experiencias precedentes, pues la experiencia denota lo que ocurre normalmente en casos análogos.

Se relaciona con la **probabilidad objetiva** es decir, con el concepto experimental de lo probable, posibilitando una especie de “guía” interpretativa sobre la credibilidad y verosimilitud de un hecho o declaración.

No son verdades axiomáticas, por eso se las reconoce un papel relativo, como “valores aproximados respecto de la verdad”, en palabras de Stein.³

Se trata de ayudar a proporcionar una **certeza jurídica** que es de naturaleza empírica o histórica, alcanzada a través de las pruebas, y que supone la ausencia de duda o de dudas razonables y de peso, incompatibles con lo que se cree. En tal estado, tiene un papel importante, considerar la ausencia razonable de una “hipótesis alternativa”.

Realizada esa tarea valorativa, plasmada en la sentencia de modo que resulte una decisión razonable y razonada, procede “subsumir” lo que se ha considerado probado en las normas jurídicas que correspondan, no de cualquier modo sino conforme a la aplicación que vengán haciendo los Tribunales –jurisprudencia, en particular el Tribunal Supremo– sobre las mismas. Sólo de ese modo, se cierra el proceso intelectual que supone toda sentencia.

Ahora bien, los efectos de una motivación que no satisfaga los requisitos constitucionales, son muy graves, al constituir una garantía esencial del derecho al debido proceso, por ello su falta en absoluto, la motivación simplemente aparente o el déficit sustancial motivador, acarrea su nulidad, pues produce una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, que requiere, para su reparación, una nueva actuación judicial (declaración de nulidad de

la resolución, seguida de repetición del acto omitido), mediante nueva redacción de la sentencia.

Pero la falta de motivación, es decir, cuando se trata meramente de una fundamentación incompleta, si resulta subsanable, vía complemento por el órgano judicial revisor, constituye tan solo una irregularidad, y no determina la nulidad de la sentencia.

Para finalizar, como hemos dicho, todo justiciable tiene el derecho a recurrir ante una instancia superior, la sentencia que no le satisfaga. De ese modo concluye la controversia, se acepte o no, porque las sentencias son de obligado cumplimiento y su desconocimiento puede acarrear responsabilidades penales, por desobediencia o quebrantamiento de condena.

En el ámbito penal, sin embargo, no podemos dejar de lado que el Gobierno, a través de las propuestas que hace al Jefe del Estado, quien tiene atribuido constitucionalmente el ejercicio del “derecho de gracia” interviene mediante la institución del indulto. Si bien hay que decir que se trata de una intervención extraordinaria, que tiene lugar en muy pocos casos, pues la mayoría de las veces, los indultos se deniegan.

Y no olvidemos que el derecho, y la sentencia como su máxima expresión, no es sino el puente que debe llevar a la Justicia, que a la postre, no es más que dar a cada uno lo suyo. ¡Hérculea y difícil tarea! en la que hay que empeñarse pues a la postre cualquier sentencia no es más que un remedio a una injusticia preexistente, contra la que no debemos quedarnos inmóvil pues como ha dicho el Papa Francisco: “*La injusticia es el mal consentido*” (Exhortación *Evangelii gaudium*)

3 STEIN, Friedrich en “El conocimiento privado del Juez”. Editorial Centro de Estudios Jurídicos Ramón Areces, S.A, 1990.

VIII. SEGURIDAD JURÍDICA Y CREATIVIDAD JUDICIAL

SANTIAGO TOMAS DE CARRANZA
ABOGADO

Hace algún tiempo un estudiante de Derecho me preguntó en que consistía la labor de un abogado. Los abogados nos dedicamos a resolver los problemas de nuestros clientes, le dije. ¿Y el Derecho?, preguntó el alumno. El Derecho, respondí, es el instrumento que debemos seguir para tratar de resolver en cada caso concreto esos problemas.

Rige en las sociedades contemporáneas el principio de “paz jurídica”, que bien puede traducirse en la célebre máxima “nadie puede tomarse la justicia por su propia mano”, o como señalara García de Enterría, con sus ya clásicas palabras:

“Cualquier sujeto que pretenda alterar frente a otro la situación de hecho existente (statu quo) no puede hacerlo por propia autoridad; si el otro sujeto no aceptase de grado esa alteración, tiene la carga de someter su pretensión a un Tribunal, el cual la valorará desde la perspectiva del Derecho y la declarará conforme o no con éste, dándole en el primer caso fuerza ejecutoria, esto es, una virtud especial que la hace indiscutible y

de cumplimiento forzoso para la parte obligada. A su vez, si esta resolución ejecutoria no fuese cumplida de grado, tampoco el sujeto beneficiado con la misma podrá imponerla a la otra parte por su propia coacción privada, sino que deberá impetrar el respaldo coactivo mediante una segunda pretensión dirigida al Tribunal, el cual dispondrá la asistencia de la coacción pública (única legítima) si se acredita que, en efecto, la resolución que trata de imponerse goza de fuerza ejecutoria. La primera carga de sometimiento a un Tribunal es la carga de un juicio declarativo; la segunda, la de un juicio ejecutivo.” (GARCÍA DE ENTERRÍA-TR. FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo I, Civitas, Madrid, 1999, pág. 481).

Desde esta perspectiva, el Derecho aparece no solo como ordenación normativa de la vida social, sino, desde una visión más viva y dinámica, como un instrumento de resolución de los conflictos de intereses que de ella surgen, y todo ello, al servicio de la paz social, la justicia y la seguridad. Resulta,

pues, fundamental tratar de entender, aunque sea de forma somera, como se resuelven dichos conflictos de intereses, como el Juez actúa para tratar de encontrar, en cada caso concreto, la solución más justa conforme a Derecho.

La cuestión no es sencilla, como lo demuestran los centenares de obras que la doctrina de todos los tiempos ha dedicado al tema de la interpretación y aplicación del Derecho. Excedería con mucho el ámbito necesariamente limitado de este artículo, y la capacidad del que suscribe, tratar de analizar esta materia en toda su compleja profundidad. Por ello, trataremos de formular, aunque sea de forma sumaria y sencilla, algunas aclaraciones con la finalidad de aportar algo de luz sobre la difícil cuestión que nos ocupa.

El Derecho romano, al igual que el medieval, fueron en gran medida derechos de creación judicial. Orientados hacia el problema, el derecho se elaboraba a través de controversias, opiniones dialécticas y argumentos diversos, que trataban de encontrar y justificar la solución más justa para cada caso concreto. Es la visión del Derecho, según la célebre definición de Celso, como “*ars boni et aequi*” (Digesto. 1,1,1), es decir, como el arte de determinar lo que es justo y equitativo. Desde esta concepción, el Derecho aparece no como algo que nos viene dado (propio de la concepción normativista del Derecho), sino como algo que hay que buscar, hallar y descubrir de manera incesante. Como señalara Viehweg, los juristas entendían el derecho, no como algo que se limitaban a aceptar, sino como algo que ellos construían de manera responsable. Toda su personalidad estaba comprometida en ello; su orgullo, afirmaba Ihering, no era solo de tipo intelectual, sino también de tipo moral.

Esta concepción entrará en crisis con el nacimiento del Estado moderno, del Hombre moderno, que trata de tomar el destino en sus propias manos siguiendo los dictados de su razón y no los del orden establecido, ni siquiera los del orden establecido por Dios. Desde esta concepción, el Derecho dejará paulatinamente de ser considerado como una emanación

espontánea de la sociedad para poner en un primer plano su aspecto funcional: el Derecho como un instrumento del poder al servicio de un proyecto de Estado, y como tal instrumento no ha de ser hallado o descubierto, sino creado por obra de la voluntad humana. A la identificación entre el Derecho y la Ley positiva, como obra de la voluntad humana (*ex humana industria*), contribuirán sin duda, entre otros factores, las tesis de Hobbes, Rousseau y Montesquieu: Hobbes, que identificará el derecho con la voluntad soberana. Rousseau, que identificará al Soberano, no con el monarca todopoderoso, sino con la nación, con la voluntad general, cuya expresión típica es la Ley, a la cual deben quedar sometidos todos los ciudadanos y todos los poderes del Estado. Una Ley que decide sobre lo justo y lo injusto y que designa a los que habrán de administrar el Estado y hacer justicia. Para Rousseau la voluntad general es siempre recta y la Ley es siempre justa, puesto que nadie puede ser injusto hacia si mismo. Y, finalmente, Montesquieu, que preconizará como ideal político, al servicio de la libertad de los ciudadanos, la doctrina de la separación de poderes:

“(. . .) Cuando el poder legislativo está unido al poder ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad, porque se puede temer que el monarca o el Senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente. Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de nobles o del pueblo ejerciera los tres poderes” (Del Espíritu de las Leyes, Libro XI, Cap. VI).

La combinación de estas ideas allanará sin duda el camino para que los revolucionarios franceses identifiquen el derecho con la ley, reduciendo el papel de los jueces al mínimo en virtud del principio de la división de poderes. El papel del juez, como señalara

Montesquieu, debe limitarse a ser *“la boca que pronuncia las palabras de la Ley; unos seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza, ni el rigor de aquéllas”*. El poder de juzgar se limitará, pues, a la aplicación automática del texto de la Ley a las situaciones de hecho particulares, sin recurrir a interpretaciones que puedan poner en peligro la voluntad del legislador. La solución justa del litigio no será otra que la que resulte de la aplicación de la ley, es decir, la legal. Esta es la condición de la seguridad jurídica, pues, como escribe el propio Montesquieu, *“aunque los tribunales no tengan que ser fijos, los juicios deben serlo, hasta el punto de que no sean nunca otra cosa que un texto preciso de la ley. Si fueran una opinión particular del juez, se viviría en la sociedad sin conocer precisamente los compromisos que uno contrae con ella”*. Desde esta perspectiva es fácil entender la conocida frase de Robespierre cuando en la Convención se discutía sobre la jurisprudencia: *“¿jurisprudencia? que detestable palabra. Ya no hay más jurisprudencia que la ley. La ley es vuestra jurisprudencia. Es también la más firme y sólida garantía de vuestros derechos y de vuestras libertades”*.

La realidad es que, tal y como señala Perelman (La Lógica Jurídica. . . , op. cit., pág. 93 y 231), el positivismo jurídico, opuesto a todas las teorías del derecho natural y asociado al positivismo filosófico, negador de cualquier filosofía de valores, ha sido, en Occidente, la ideología democrática dominante hasta el final de la segunda guerra mundial, donde los sucesos acaecidos en Alemania pusieron de manifiesto que es imposible identificar el Derecho con la Ley. Hay principios que aunque no constituyan objeto de una legislación expresa, se imponen a todos aquellos para quienes el Derecho no es solo expresión de la voluntad del legislador, sino de los valores que tiene por misión promover, entre los cuales figura en un primer plano la justicia. Y es que, en una sociedad democrática, resulta imposible mantener la visión positivista, según la cual el Derecho no es otra cosa que la expresión, arbitraria o no, de la voluntad del soberano. Para funcionar eficazmente el Derecho

debe ser aceptado y no solo impuesto por medio de la coacción. Y, por su parte, Gustav Radbruch, tras haber vivido la terrible experiencia de la II Guerra Mundial, escribirá en 1948: *“El positivismo, que podríamos compendiar en la lapidaria fórmula de la “ley es la ley”, dejó a la jurisprudencia y a la judicatura alemanas inermes contra todas aquéllas crueldades y arbitrariedades que, por grandes que fueran, fuesen plasmadas por los gobernantes de la hora en forma de ley”*.

La pregunta, pues, que necesariamente surge en este punto es si el juez puede o debe, a la hora de hacer justicia, limitarse a ser la boca que pronuncie las palabras de la ley. La respuesta, en mi opinión, es no, y ello por varios motivos:

En primer término, por las propias imperfecciones del sistema normativo. La realidad es que el ordenamiento jurídico está integrado por un océano de normas (miles), de diferente procedencia y valor jurídico, sometido a un cambio frenético, que en muchos casos, la gran mayoría, no pretenden establecer una regulación general con vocación de permanencia y con arreglo a criterios de justicia socialmente aceptados, sino que responden a criterios de ordenación puramente detallista, contingente y variable que, sin ánimo alguno de permanencia, pretender dar una respuesta concreta a situaciones igualmente concretas. García de Enterría nos habla gráficamente de *“legalismo desenfrenado, vocado a una inestabilidad permanente”*. Carl Schmitt utilizó la célebre expresión *“legislación motorizada”*; y Martínez-Cardós, en su obra sobre la técnica normativa, señala expresivamente que *“la norma, como regla de derecho, ha dejado de mirar al futuro para mirar al presente; solo mira los problemas actuales, importantes pero temporales, de coyuntura. Es, por un lado, la victoria de la ley-medida de que hablara C. Schmitt o de la ley de vencimiento fijo de Scheerbarth y, por otro, de la ley inútil. Inútil, porque carece de valor; de estabilidad; porque llega tarde o deviene obsoleta; o en fin, porque es inencontrable u olvidada entre tanto marasmo”*.

Las consecuencias negativas que se derivan de la alarmante hipertrofia de nuestro sistema normativo no se limitan a la evidente imposibilidad de poder conocer el contenido de la ingente normativa existente, poder determinar en muchos casos cual es la norma aplicable, o poder determinar con seguridad si una norma está vigente o ha sido derogada. Van más allá. Se manifiestan, como señala Santamaría Pastor (Fundamentos de Derecho Administrativo I, Madrid, 1991, pág. 303 y ss.): i) en la evidente imperfección técnica de las normas, fruto sin duda de una más que deficiente técnica legislativa, labor que requiere de un sosiego y una dedicación incompatibles con la celeridad a la que está hoy sometida la producción normativa, lo que provoca, en demasiadas ocasiones, disfunciones considerables (redacciones confusas y farragosas, oscuridad, términos ambiguos, errores, lagunas, antinomias, mandatos irrealizables, etc.); ii) en la irracionalidad y el evidente peligro que para la libertad, la seguridad jurídica y los derechos de los ciudadanos se deriva de esta forma de legislar, peligro éste que se manifiesta fundamentalmente en la norma reglamentaria, producto de la Administración Pública, norma por excelencia de carácter contingente y concreto y, sin duda, la más numerosa del ordenamiento jurídico (se cuentan por miles todos los años); iii) y, finalmente, en la preocupante y progresiva desvinculación entre las normas y el sentido de la Justicia. Las normas han perdido en buena parte su antigua vinculación con la Justicia, han dejado de ser expresión de un sistema de relaciones justas ordenadoras de la vida social, para convertirse, en demasiados casos ya, en pura ordenación reguladora, detallista y absorbente; meros instrumentos al servicio de intereses políticos, económicos y sociales concretos, cortoplacistas y cambiantes, que tienden a instrumentalizar a los ciudadanos y sus derechos.

Julián Marías vio en la consideración del derecho como “justo” una explicación para la asombrosa proliferación de prescripciones, prohibiciones y regulaciones de todo tipo que caracterizan el ordenamiento jurídico actual, mengua de la espontaneidad vital y de la libertad (Tratado de lo Mejor —La moral

y las formas de la vida, Alianza Editorial, Madrid, 1996, pág. 39 y ss.). Ortega y Gasset veía la estatificación de la vida y el creciente intervencionismo del Estado como el mayor peligro que hoy amenaza a la civilización (La Rebelión de las Masas, cit., pág. 185). Max Weber, en su ensayo “La ética protestante y el espíritu del capitalismo” no dudó en hablar a este respecto de la jaula de hierro que la modernidad está construyendo. Y Tocqueville, vio en el “despotismo administrativo” y su irrefrenable tendencia a intervenir cada vez más en un mayor número de ámbitos de la vida social, una forma de dominación impersonal, especialmente intensa, que anula la iniciativa y las libertades de los ciudadanos: “*No destruye las voluntades pero las ablanda, las somete y las dirige, obliga raras veces a obrar, pero se opone incesantemente a que se obre; no destruye pero impide crear; no tiraniza pero oprime; mortifica, embrutece, extingue, debilita y reduce, en fin, a cada nación a un rebaño de animales tímidos e industriosos cuyo pastor es el gobernante*”. Para Tocqueville, la familia se convierte en el último refugio comunitario de las sociedades modernas, especialmente atomizadas frente a un Estado omnipotente (La Democracia en América, Ed. Trotta, Madrid, 2010).

A la vista de lo anteriormente expuesto resulta, pues, evidente, la dificultad a la que se enfrentan los jueces a la hora de tratar de realizar algo, tan aparentemente sencillo, como es seleccionar las normas que habrán de ser seguidas a la hora de resolver, conforme a Derecho, los conflictos de intereses sometidos a su juicio. Y es que las normas deberían ser ciertas, claras, breves y sencillas, o como se señalaba en el Fuero Real, deben ser “*manifiestas para que todo ome la pueda entender e que ninguno non sea engañado por ella*”.

Son muchos, casi infinitos, los ejemplos que podrían darse de ambigüedades, contradicciones, lagunas, mandatos irrealizables, disposiciones oscuras y farragosas, conceptos indeterminados, etc. que sin duda impiden que la labor del Juez pueda limitarse a la pura aplicación automática del texto

de la Ley: si un letrado indica a los viajeros que está prohibido viajar en tren en compañía de un perro, ¿debe el revisor permitir el acceso a un viajero que lleva consigo una cabra?, ¿debe prevalecer el texto de la ley o el espíritu de la misma? Si la norma prevé como agravante el robo cometido durante la noche, ¿deberá aplicarse dicho agravante al robo cometido a las 3 de la madrugada en un casino repleto de gente y con todas las luces encendidas?

Nos cuenta Ch. Perelman que durante años, muchos curanderos fueron condenados en Francia en aplicación de la ley que castiga el ejercicio ilegal de la medicina por aquéllos que no tienen el debido título. Sin embargo en el caso del curandero Roux, tras comprobar el Tribunal que se trataba de un hombre honesto, que había actuado sin ánimo de lucro y que había logrado un gran número de curaciones, no dudó en absolverle aplicando las disposiciones que obligan a toda persona a prestar asistencia a un tercero que se halle en peligro. Es decir, cuando se trataba de charlatanes, los tribunales no dudaban en condenarles como culpables de ejercicio ilegal de la medicina; pero ante una persona honesta, el Tribunal, colocado ante la antinomia, resolvió aplicando la obligación de asistencia para absolver al curandero. Y en Inglaterra, relata el mismo autor, ante una legislación de principios del siglo XIX que estableció la pena de muerte para los culpables de todo robo superior a 40 chelines, los jueces estuvieron durante años aplicando la ficción de estimar en 39 chelines como mucho el valor de todo robo, con independencia de su valor real, con tal de no imponer una pena que se consideraba del todo injusta y desproporcionada (La Lógica Jurídica y... cit., pág. 60 y 88).

También el Digesto nos proporciona ejemplos que acreditan la dificultad que en muchas ocasiones entraña la tarea de encontrar la solución justa del caso concreto: estando varias personas jugando a la pelota en un lugar público, una de ellas lanzó la pelota que fue a golpear la mano de un barbero que se encontraba en las inmediaciones afeitando a un esclavo, con la mala fortuna que la navaja cortó la

garganta del esclavo. Ulpiano entendió que el jugador que había lanzado la pelota era el responsable del daño y debía resarcirlo. Pomponio, en cambio, creía que la culpa era del barbero, por ponerse a afeitar en un sitio donde era costumbre jugar a la pelota. Existió todavía una tercera opinión que atribuía la responsabilidad al propio esclavo degollado, pues quien se confía en manos de un barbero que tiene colocado su puesto en un lugar peligroso, sólo él tiene la culpa (ejemplo tomado de L. Díez-Picazo, Experiencias... cit., pág. 22).

Y, con respecto a la claridad y brevedad de las normas, J.L. Martínez-Cardós, en su ya citada obra Técnica Normativa (pág. 29), afirma que las disposiciones largas y farragosas son proclives a las contradicciones; impiden determinar con claridad su razón justificadora e, incluso, inducen a su desconocimiento, por cuanto desalientan a quienes han de conocerlas a la hora de su lectura. En tal sentido, cuenta el autor, a modo de ejemplo, que con anterioridad a las reformas procesales de 1880 y 1920, el divorcio era muy difícil de obtener en Inglaterra por cuanto no se concedía en sede judicial sino a través del legislativo, mediante la aprobación de un *bill* privado, lo cual no estaba al alcance de la mayoría de los ciudadanos. Quizás por ello, James Smith, secretario del Ayuntamiento de Birmingham, confiando en que una norma larga y farragosa no sería leída, redactó la sección correspondiente al servicio de alumbrado público de los Estatutos de la ciudad de Birmingham, de la siguiente manera: "*Las farolas del alumbrado público se encenderán a las dos horas, pasadas el medio día, en invierno y a las cuatro, en verano. Los celadores se cuidarán de que no se apague ninguna de las farolas. Queda disuelto el matrimonio de John Smith, cancelario del Común de Birmingham, con la Sra. Catherine Howard. Los celadores realizarán cuatro rondas a fin de asegurarse de que las farolas están encendidas*". Acertó el Sr. Smith, los estatutos no debieron ser leídos por ninguno de los miembros de las cámaras, pues fueron aprobados tal y como fueron redactados, incluida la disposición relativa al

matrimonio del propio Sr. Smith, que gracias a ello quedó felizmente divorciado.

Pero no solo la hipertrofia del sistema normativo y sus manifiestas imperfecciones impiden al Juez limitar su papel a la aplicación automática del texto de la Ley a las situaciones de hecho particulares. Hay más:

- En primer lugar, la propia imposibilidad de que una norma sea capaz de prever el infinito número de supuestos de hecho, con sus matices, diferencias y detalles, que la vida diaria nos ofrece (por ejemplo, si el atropello de una persona con un coche se produjo de día o de noche, si estaba o no lloviendo, el estado de la carretera, la velocidad a la que circulaba el coche, ¿se encontraba el conductor ebrio?, ¿estaba utilizando el móvil?, ¿tenía carnet de conducir?, ¿era menor de edad?, ¿estaba la persona atropellada cruzando por el sitio correcto? ¿hubo intencionalidad?, etc., circunstancias de hecho, todas ellas, que habrán de ser debidamente ponderadas a la hora de tratar de construir una solución justa).
- En segundo lugar, por la propia dificultad que en muchos casos entraña la determinación de los hechos relevantes para la resolución del caso. Los hechos son siempre, respecto del Juez, un *preteritum*. No son algo que el Juez haya vivido o experimentado personalmente, sino que los recibe por la vía de la comunicación acompañados de valoraciones en muchos casos interesadas. En algunos supuestos, se podrá llegar a la conclusión de que esos hechos son efectivamente ciertos (por ejemplo saber si una persona ha firmado un documento, lo que se podrá determinar, bien porque así lo admita el propio interesado, bien a través de una prueba pericial caligráfica), pero en otros muchos probar la realidad de los hechos acaecidos no resultará posible. Nos encontraremos ante indicios más o menos fundados que permitirán al Juez presumir

y llegar al convencimiento de que, según las reglas de la sana crítica, es razonable concluir de que tal hecho tuvo o no lugar (el hecho de que la joya robada se encuentre en posesión del supuesto ladrón puede llegar a ser indicio suficiente para considerarle autor del robo, ahora bien, en rigor, no acredita tal circunstancia). Por ello, como bien señala Díez-Picazo, debemos ser conscientes de que la prueba judicial no es en rigor “demonstrativa”, sino más bien un arte dialéctico, un combate que busca la persuasión del destinatario. Se trata más de convencer que de demostrar (Experiencias Jurídicas... cit., pág. 230).

- Y, finalmente, porque, como señalara Esser, a la práctica judicial no le inspira tanto un deseo de comprender, aplicar e interpretar los textos legales conforme a métodos de escuela (interpretación literal, sistemática, histórica, teleológica, etc.), reduciendo el razonamiento jurídico a una cuestión puramente formal, sino la intención consciente de buscar y construir una solución justa, técnicamente correcta y socialmente aceptable, para el problema planteado. Desde esta perspectiva, la solución justa del litigio no será simplemente, como afirmara el positivismo, la que resulte de la mera aplicación automática de la ley, es decir, la legal. El proceso es, mas bien, el contrario: la solución del problema planteado o, al menos una idea previa acerca de lo que en dicho caso puede ser una solución justa, correcta y aceptable, será lo que guiará al juez en la búsqueda de una motivación jurídica satisfactoria. La solución del caso es un *prius*, no un *posterius* con respecto al propio razonamiento que justificará la misma. Y, en este proceso, resulta obvio que el juez, al igual que todos los demás hombres, es, parafraseando a Ortega, él y su circunstancia, es decir, no es ajeno al conjunto de creencias, convicciones,

juicios de valor, sentimientos y prejuicios que forman parte de su realidad.

Reconozco, que esta conclusión puede ofrecer al espectador una apariencia de arbitrariedad incompatible con la seguridad jurídica, pero no es tal. En primer lugar, porque la solución que el jurista apunte no puede ser puramente subjetiva o caprichosa. No se trata de la justicia del cadí de la que nos hablara Max Weber o la del justiciero que se comporta como si fuera la encarnación de la Justicia al margen de la ley, “el buen juez Magnaud, favorable a los pobres y severo con los privilegiados”. No, si así fuera, la seguridad jurídica y el debido sometimiento a la Ley y al Derecho que nuestra Constitución impone a todos los ciudadanos y a todos los poderes públicos quedaría en papel mojado. El juez, deberá someter esa solución intuitiva al contraste de un examen detallado de las normas, de los precedentes judiciales y de la doctrina, es decir, su pre-opinión sobre la solución del caso debe encontrar confirmación jurídica, debe ser debidamente motivada. La seguridad jurídica no permite equiparar lo que es justo conforme a Derecho con lo que le puede parecer justo o no a un juez. Y es que, como señala K. Larenz, al juez no le es lícito introducir en la ley lo que el desea extraer de ella; la fidelidad a la ley, a la que está obligado, exige de él la disposición a permitir que su pre-opinión sea rectificadora por la propia ley.

Martínez-Cardós en su ya citada obra (Técnica Normativa, cit., pág. 147 y ss.), destaca como a la literatura, tanto española como extranjera, le repugna la técnica jurídica, que es vista como algo ajeno a la Justicia, puro artificio y sofisma en manos de los juristas, “*maestros de sofisticadas inteligencias, baladíes asuntos, metafísicas excogitadas y sutiles argucias*” (palabras de Melo reproducidas por el Marqués de Pombal en 1769); quizás por ello en el Tirant lo Blanch se cuenta como el Duque de Lencastre, para resolver la pugna entre guerreros y tejedores, ordenó buscar a los hombres de leyes de cada bando y los mandó ahorcar para que, al irse sus “*miserables animas en infern*” concluyan las rencillas y litigios promovidos por los letrados,

perturbadores del pueblo; “cuerpos sin alma” los llamará Quevedo, “*no hay cosa en que no nos dejen tener razón; solo lo que no dejan tener a las partes es el dinero que lo quieren ellos para sí*”. El reproche es especialmente grave cuando se aniquila la Justicia en aras de un “*mezquino espíritu*” de cumplir estrictamente la letra de la Ley, “*instrumento justificativo del desatino y la arbitrariedad del poderoso*” (Radbruch). Por ello es más fácil encontrar la Justicia apelando “*al albedrío del hombre cuerdo*” (Covarrubias) que acudiendo a la ley y a los juristas; y es que “*puede uno hacer muy bien las cosas perfectamente legales y ser al mismo tiempo un pillo*” (D’Azeglio).

En la literatura, relata Martínez-Cardós, es común que la Justicia no se encuentre en los juristas ni en los jueces “*que obedecen dócil y ciegame a los gobernantes, de cuya voluntad depende su sueldo, su consideración y su rango*” (Las Avispas de Aristófanes), sino en los héroes (Alonso Quijano, Sancho Panza) y en los buenos bandidos (Robin Hood). Y los buenos jueces, no son los que aplican la Ley, sino los que prescinden de ella para afirmar la Justicia. Quizás por ello las condiciones que se le exigen a un juez no son nada corrientes: debe ser “*de buen linaje, buen entendimiento, apostura, sesudez, ser sufridos firmes y muy leales*” (Partida, 2, 9, 18); “*ha de tener sal de conciencia y sal de justicia; sin ciencia sería insípido y sin conciencia diabólico*” (CASTILLO DE BOVADILLA). “*Ya no hay para ti paisanos, amigos ni parientes. Ya no más patria, ni carne ni sangre. ¿Quiere decir que no has de ser hombre?, no, por cierto; sino que la razón del hombre ha de vivir tan separada de la razón del juez que no tengan el más leve comercio las acciones de la judicatura con los efectos de la humanidad*” (FEIJOO).

A la vista, pues, de lo anteriormente expuesto podemos concluir afirmando que la interpretación y aplicación del derecho es una tarea sumamente compleja en la que elementos fácticos, jurídicos y sociales constituyen la base que habrá de servir de guía para la búsqueda y construcción de soluciones

justas para los concretos conflictos de intereses que día a día se plantean.

El papel del juez no puede limitarse, pues, a la labor puramente formal de ser la boca que pronuncia las palabras de la ley. Y la solución justa del litigio, no será simplemente la que resulte de la mera aplicación automática de la ley, es decir, la legal (justa en el sentido positivista del término), sino que será la que resulte de ese proceso de búsqueda y construcción de una solución que no solo habrá de ser conforme a Derecho, sino también equitativa, razonable y socialmente aceptable, es decir, que sea al mismo tiempo justa y conciliable con el Derecho en vigor.

Así pues, frente a la concepción puramente normativista, estática y legalista, del Derecho, en la que éste aparece como un mero conjunto de normas a las que la realidad debe ajustarse, el Derecho, desde esta perspectiva, mucho más viva y dinámica, aparece, no como algo que nos venga dado, sino como algo que hay que buscar y construir de manera responsable. Las normas legales, las costumbres y los principios generales del derecho, sobre la base de las convicciones, creencias, valores, sentimientos y prejuicios del grupo social en el que tanto el juez como el Derecho se insertan (donde éste cobra vida y se realiza), serán las pautas, las guías que los operadores jurídicos deberán seguir para tratar de encontrar soluciones justas, técnicamente correctas y socialmente aceptables para los diferentes conflictos de intereses que la vida diaria vaya planteando, es decir, para encontrar en cada caso concreto “lo que es Derecho”.

La seguridad jurídica, así como la propia idea de la Justicia que deben presidir la búsqueda del Derecho, exigirá cierta predecibilidad en las decisiones

judiciales, es decir, que casos iguales sean decididos de manera igual y que casos similares sean decididos de forma similar. También impone objetividad, pues las decisiones no pueden ser fruto de la pura subjetividad o arbitrariedad del juez, de lo que éste considere o no justo (justicia del cadí), sino que deben ser debidamente motivadas en Derecho. El conflicto surgirá cuando no sea posible conciliar la fidelidad a la ley, a la que está el juez obligado, y la justicia del caso por él buscada (lo que desgraciadamente ocurre con muchas más frecuencia de lo que sería razonable). Hay quien considera que en estos casos la seguridad jurídica reclama que la norma positiva se aplique aun cuando sea injusta. Para otros, en cambio, la decisión dependerá del juez que, en última instancia, fallará según su propia conciencia. Hay que reconocer que en la actualidad, en esta época que vivimos presidida por la subjetividad, la balanza se inclina claramente a favor de la justicia del caso y, por tanto, a favor de la creatividad judicial en detrimento de la seguridad jurídica. Pero ello es, en gran medida, consecuencia de la progresiva pérdida de “auctoritas” del legislador actual y del marasmo legislativo en el que estamos envueltos (“se promulgan demasiadas leyes, se dan pocos ejemplos”, denunció Saint-Just ante la Convención revolucionaria).

Dado que tanto la Justicia como la Seguridad Jurídica son condiciones básicas para el correcto funcionamiento de la sociedad, considero, parafraseando a K. Larenz, que el Estado de Derecho no debería renunciar, al menos no en las complicadas relaciones de nuestro tiempo, ni a las leyes bien pensadas, ni a una Judicatura que se tome en serio su vinculación “a la Ley y al Derecho”.

IX. EL JURISTA Y LAS PROFESIONES JURÍDICAS

IGNACIO MALDONADO RAMOS
NOTARIO

De Medicina, Médicos; de Arquitectura, Arquitectos; de Historia, Historiadores; de Economía, Economistas. Y . . . ¿de Derecho?; ¡pues Juristas! Lo que primero llama la atención de ésta profesión nuestra es la falta de correlación etimológica con la materia que constituye su objeto. “Jurista” procede del latín *Ius*, origen también del término “Justicia”, y probablemente entroncado con el nombre de la deidad suprema del panteón romano (*Iupiter*, raíz *iovis*). “Derecho”, por su parte, tiene su origen también en la lengua latina, concretamente en *Directum*, palabra formada por la raíz indeuropea *reg (recto) completada con el prefijo “di”, que en éste caso le otorga un sentido de movimiento o expansión, reforzado con la idea de que dicho movimiento es sin doblarse o quebrarse (igual que la palabra “directo” en nuestra lengua). En consecuencia, si el Jurista es el encargado de aplicar la Justicia en su grado más elevado, el Derecho es el camino recto, perfecto y, por tanto, el más justo.

De estas precisiones etimológicas se deducen dos interesantes cualidades. Por un lado, que la labor del Jurista se entronca en el ámbito de las perfecciones moral y religiosa, al menos cómo un desideratum. De otra parte, que el Derecho supone un proceso en continuo movimiento, con cambios constantes en sus aspectos prácticos, pero sin apartarse del destino para el que ha sido creado. La necesaria conjunción de ambos elementos provoca frecuentemente extrañeza y desconcierto entre las personas legas, ajenas a ésta actividad. Sin embargo, esa armonización debe mantenerse, pues es a través de la misma cómo se consigue la plena eficacia de sus objetivos.

Conocido, según la común opinión de arqueólogos e investigadores, en las más antiguas culturas y civilizaciones, el Derecho alcanzó su primer momento de esplendor en el ámbito de la Roma clásica. En un principio, se concebía cómo un todo unitario, vinculado, cómo hemos dicho, a la divinidad superior. Posteriormente se deslindaron el Derecho propiamente Divino del Humano, el de los ciudadanos,

conocido así cómo Derecho Civil (*Ius Civile*). No tardó en repararse que existían diferencias notables entre los sistemas de los distintos pueblos y estados, lo que motivó que se intentasen codificar los elementos comunes compartidos por todos, dando así origen a una nueva categoría, la del Derecho de Gentes o *Ius Gentium*. Por su parte, dentro del *Ius Civile* se apreciaron también modalidades diferentes, cómo la que contrapone el Derecho Público al Privado.

Sin embargo, todas estas distinciones se concebían desde un punto de vista puramente teórico. Es en la Edad Media, con el reconocimiento del ordenamiento jurídico de la Iglesia Católica, conocido cómo el Derecho Canónico, cuando se produce una primera distinción entre ramas diferentes, separadas científicamente en las Universidades donde se enseñaba la disciplina, efecto sintetizado en la expresión “ambos derechos” (*utraque iures*). Aparecen también entonces las primeras distinciones entre los encargados de aplicar del derecho (Jueces y Magistrados), los que lo enseñan, estudian y compilan (Profesores y Catedráticos, pero también simples particulares, eruditos y teóricos), y los que lo ejercen en la vida práctica (Abogados en el más amplio sentido). El triunfo posterior del racionalismo, a través de las reformas religiosas y políticas, provoca una preocupación constante sobre esta materia, que se refleja en la obra de pensadores y filósofos de la Edad Moderna, cómo Kant, Grocio, Bentham o Montesquieu, preocupados por dotar al Derecho, no sólo de una definición, sino también de una adecuada estructura y organización lo más científica posible.

A partir del siglo XIX esa preocupación racionalista se exagera con las nuevas circunstancias creadas por la revoluciones industrial y política, con el resultado de provocar una progresiva desintegración del Derecho. Van surgiendo así, en el ámbito más puramente privado, el Derecho Mercantil, el Hipotecario o Inmobiliario, y el Laboral. Desde el punto de vista público, aparece el Derecho Administrativo, del cual posteriormente se van desgajando sub-ramas, cómo la del Tributario o el Urbanístico. Y en los últimos tiempos se compite por crear novísimas

disciplinas, cómo el Derecho de los Consumidores o el Informático. Hay que señalar que éste afán “europeo” de sistematizar contrasta notablemente con la práctica que se sigue en el ámbito de los países anglosajones, que se limitan a describir las reglas e instituciones y su funcionamiento y límites, sin preocuparse demasiado de su naturaleza jurídica o de su fundamento.

Por otra parte, también se han diversificado las profesiones vinculadas con el mundo del Derecho. Originalmente, en Roma se englobaban dentro de las correspondientes magistraturas urbanas, singularmente la del Pretor. Con el tiempo, se institucionalizó la importancia de la labor de los jurisconsultos privados, con la emergencia del *ius respondendi*. En los tiempos del Bajo Imperio, se introduce la función de la cancillería imperial, mediante el interesante sistema de los rescriptos, o respuestas del Emperador a cuestiones concretas al efecto formuladas. Durante las Edades Media y Moderna se institucionaliza la labor de los Abogados, y a partir del siglo XIX aparecen nuevas figuras, relacionadas con la emergente clase funcionarial. Esto nos conduce a la variada tipología actual, donde nos podemos encontrar a Jueces y Magistrados, Fiscales, Letrados de la Administración de Justicia, Abogados y Procuradores de los Tribunales, Notarios y Registradores de la Propiedad o Mercantiles, Abogados del Estado, Inspectores de Hacienda, Técnicos de la Administración, etc, etc. A su vez, algunas profesiones se subdividen en función de determinados criterios (por ejemplo, abogados *senior* y *junior*), y al mismo tiempo aparecen categorías nuevas, que sin proceder exactamente del mundo propiamente jurídico se relacionan íntimamente con el mismo, cómo ocurre en el marco de la actividad de mediación.

No es extraño que, cómo ya he dicho, el lego en la materia se sienta confuso ante éste panorama. Por ello, parece conveniente buscar cuales sean los elementos comunes o esenciales de todas estas profesiones, haciendo abstracción de los sectores en que respectivamente se desenvuelven o las características propias de la labor que cada una desempeña.

Para ello, estimo sumamente útil recordar las máximas elaboradas hace cerca de dos mil años por uno de los grandes juristas de la antigüedad, Ulpiano, en las cuales sintetizaba los *praecepta* (derechos y deberes) que deben considerarse cómo el fin primordial del Derecho: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. Veámoslos seguidamente.

En primer lugar, es preciso vivir honestamente. En principio, esto es algo que debe predicarse de todas las profesiones, e incluso de la vida cotidiana de todo ser humano. Por eso, al aplicarlo a la vida del jurista es para buscar algo más allá de la honradez que se espera de cualquier ciudadano. En efecto, esa honestidad de la que hablaba Ulpiano implica no sólo un convencimiento íntimo, sino también un reconocimiento de la comunidad, que espera que los profesionales del Derecho actúen con la dignidad que merecen los fines del mismo. Hoy en día se suele acudir al criterio de la ejemplaridad para calificar la conducta que se espera en las personas que actúan con repercusión social. En éste caso, estimo que tal término sería un poco exagerado, ya que tampoco se pretende convertir al jurista en un apóstol o un reformador social. Por eso, sería tal vez preferible acudir a la noción clásica de la respetabilidad, en el sentido de que el jurista debe procurar que su labor sea reconocida por la comunidad como algo tan omnipresente y meritorio cómo ocurre, por ejemplo, con la que ejercen médicos o maestros.

En segundo lugar, el jurista ha de procurar que no se cause daño a terceras personas en la práctica de su profesión. Ésta sí que es una característica propia de sus funciones, dado que éstas se desenvuelven en un vasto entramado de relaciones sociales, y por lo tanto pueden afectar a hechos y situaciones en principio ajenos a los conflictos que se pretenden resolver. Instituciones cómo la interdicción del enriquecimiento sin causa y la rescisión por fraude de acreedores, dentro del ámbito civil, o la revisión de los actos administrativos y la figura del coadyuvante, en el administrativo, constituyen ejemplos de aplicaciones prácticas de éste principio, sancionado hace tantos siglos. La aplicación del mismo exige una

labor previa por parte del jurista, tendente a evaluar las posibles consecuencias que pueden derivarse de sus actuaciones en cada caso concreto, evitando las implicaciones no deseables para personas ajenas al caso controvertido.

Por fin, hay que pretender dar a cada uno lo que es suyo. Esta expresión tan gráfica se relaciona íntimamente con el concepto de Justicia, también en el antiguo Derecho Romano. Ahora bien, no hay que olvidar que en los últimos tiempos se ha alzado la idea de la Igualdad, cómo desideratum último de la actividad jurídica. Con ello, en ocasiones se trasciende más allá de la letra de la ley y de los contratos, para equiparar a las partes más susceptibles de protección con las que resultan defendidas por los postulados abstractos. Así se empezó a hacer cuando legisladores y jueces tomaron conciencia de la situación del colectivo obrero, y se ha continuado en otros ámbitos, en ocasiones no menos dramáticos, cómo el de la defensa de los consumidores (cómo estamos viendo recientemente, en el caso de las hipotecas). Lógicamente, el reconocimiento de posibles situaciones de inferioridad no puede suponer la quiebra automática de todas las normas jurídicas y de los pactos sociales. Es necesario mantener un saludable equilibrio entre el respeto a la legalidad establecida, sobre la que descansa la paz social que busca el Derecho, y el reconocimiento de las fisuras que una aplicación indiscriminada de la norma puede provocar en determinados sectores. En eso pensaba sin duda Cicerón cuando popularizó el dicho *summum ius, summa iniuria!* En el mismo sentido, el Papa Francisco ha recordado recientemente ante una asamblea de juristas que la reafirmación de una norma no es sólo un acto dirigido al individuo, sino que siempre supera el caso individual, para involucrar a la comunidad en su conjunto.

Estos tres preceptos que acabo de comentar pueden completarse con otras aportaciones procedentes también de la cultura clásica. Recordemos así el famoso lema en el que Sócrates hacía descansar su método filosófico: “conócete a ti mismo”. En efecto, el jurista ha de encontrarse siempre en un

estado de introspección que le permita valorar sus conocimientos, recursos prácticos y experiencias. Al mismo tiempo, no debe ser ajeno a la realidad que le circunda y por ello debe procurar estar al día en los cambios políticos, económicos y sociales para poder adaptarse a las nuevas variables que se le presenten. Del mismo modo, ha de procurar informarse de ciertas cuestiones objeto de otras disciplinas, cómo la Economía o la Psicología, que pueden influir en los asuntos que se le presenten.

Por último, no debe olvidar que su función tiene un fundamento y una finalidad que trascienden la simple experiencia laboral o profesional. En ese sentido, ha de desoír las tentaciones de emplear los medios y el poder a su alcance para practicar experimentos con las realidades sociales. Debe recordar siempre su compromiso con la Verdad, sin anclarse en el pasado pero también sin tratar de efectuar inno-

vaciones basadas en meras convicciones personales o en opiniones claramente minoritarias. A título de ejemplo, el mismo Francisco ha recordado que últimamente se está poniendo un especial énfasis en el tema de los Derechos Humanos, que son el núcleo fundamental del reconocimiento de la dignidad esencial del hombre, pero que esto debe hacerse sin abusar de tal categoría, evitando regresar a prácticas y comportamientos que en lugar de promover y garantizar la dignidad humana, de hecho la amenazan e incluso la violan.

Cómo dijo Ronald Niebuhr en su famosa Oración de la Serenidad, hay que procurar cambiar lo que debe ser cambiado y aceptar lo que debe ser mantenido, para lo cual se precisa de la facultad de poder distinguir lo uno de lo otro. En definitiva, una vez más hay que recordar que, cómo dice el Evangelio, es la verdad la que nos hace libres.

X. ¿QUÉ ES EL MINISTERIO FISCAL Y CUÁLES SON SUS FUNCIONES?

CARLOS BAUTISTA SAMANIEGO
FISCAL DE LA AUDIENCIA NACIONAL

1. INTRODUCCIÓN

A modo de preámbulo, debe decirse, para los ajenos al derecho, que cualquier imagen televisiva que tengan del fiscal poco o nada refleja la verdadera naturaleza de la institución en España. Nada más alejado de nuestra realidad cotidiana que la del fiscal que se pasea delante de un jurado y, en un momento determinado, realiza la pregunta decisiva que hunde al acusado y le hace confesar su delito. Nuestro fiscal no es el fiscal de las películas USA. De entrada, y como vemos con mayor detenimiento, no es un abogado contratado por el Estado; en segundo término, nuestro fiscal, como defensor de la legalidad, no hace siempre acusaciones, sino que, llevado por el principio de imparcialidad, se opone a las que entiende incorrectamente formulados y, llegado el caso, solicita la absolución en juicio del acusado por la acusación particular o popular. A diferencia de otros países- prácticamente todos- en que el fiscal

tiene el monopolio de la acusación y si estima que no debe ejercerse la acción penal no hay juicio oral, en nuestro país la acción popular o particular puede posibilitar que se abra juicio sólo a instancia suya y que el fiscal, en la vista, asuma posiciones de defensa. Por más que resulte chocante, es cuando más visible se hace su papel de garante de la legalidad.

2. QUÉ ES UN FISCAL

De entrada, debemos realizar una precisión: cuando hablamos del fiscal estamos refiriéndonos a la institución, el Ministerio Fiscal, como cuerpo organizado y único para todo el territorio español. Nunca debemos personalizar el fiscal en la figura de tal o cual funcionario del Ministerio Fiscal. Es la institución la que actúa siempre, en cuanto cuerpo único y jerarquizado, presente en todos los procedimientos que se incoan en la jurisdicción penal y en otras jurisdicciones, salvo contadas excepciones.

La primera pregunta a formular es, pues, si el Ministerio Fiscal, como en otros países, es un órgano administrativo, que depende férreamente del poder ejecutivo, o es parte del Poder Judicial. Pues bien, ya el Tribunal Constitucional, en su lejana sentencia de 7/1981, en dijo que “no es un órgano administrativo, pero tampoco auténticamente judicial”. El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre, lo define en su artículo 2.1 como “un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial”. Es decir, el legislador, atendiendo a dónde la Constitución ubicó sistemáticamente al Ministerio Fiscal (en el artículo 124, dentro del Título VI- Del Poder Judicial-, y no en el Título IV- Del Gobierno y Administración-), ha entendido correctamente que no es Administración, sino una magistratura postulante defensora de la legalidad ante los Tribunales, cuya función hace necesaria que tenga un estatuto de independencia similar al judicial. Ahora bien, puede que el lector se sorprenda por afirmación de que existe un Fiscal independiente. Debemos precisar: el Ministerio Fiscal, como institución, en el ejercicio de sus funciones, debe ser independiente de terceros (independencia *ad extra*); ahora bien, los fiscales individuales, no pueden ser independientes de la institución, no puede actuar por libre (independencia *ad intra*). Podrán discrepar internamente, pero, resueltas las discrepancias con su jefe, y adoptada una postura definitiva por la institución, no es posible una discrepancia externa. Esto no tiene nada de extraño: la adopción de un criterio único por el Ministerio Fiscal es la única manera de intentar que la aplicación del derecho sea igual para todos los españoles dentro del territorio español. Si cada fiscal fuese libre de hacer y decidir por su cuenta, no podría el Fiscal velar por que la igualdad en la aplicación de la ley fuera real y efectiva. Como magistratura postulante, la unidad de criterios en la actuación ante los tribunales es el único medio- por vía de recursos si es preciso- de lograr una uniformidad en

la doctrina de los tribunales- magistratura decisoria defensora de la legalidad- y de que estos tengan un criterio similar para casos similares.

3. PRINCIPIOS REGULADORES

Aparecen ya enunciados en el artículo 124.2 de la Constitución española: “El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad”.

Empezamos por los primeros, de unidad de actuación y dependencia jerárquica. Como ya hemos explicado, el Ministerio Fiscal no es una persona, es una institución. Y como magistratura postulante que es, debe fijar un criterio igual para casos iguales y actuar como una sola voz en la defensa de la legalidad. Lo contrario sería tanto como dejar a los ciudadanos desamparados en la búsqueda de la igualdad de trato ante los tribunales. Es por ello que la unidad de actuación es un criterio organizativo imprescindible. Ahora bien, la única forma de que dicho principio organizativo se cumpla es determinando una estructura jerárquica dentro del Ministerio Fiscal. Este principio jerárquico no es insólito. Toda organización, pública o privada, que quiera actuar de una forma coherente y unificada recurre a él. Es por ello que la Constitución lo establece como segundo principio organizativo. Se manifiesta en la posibilidad de dictar órdenes e instrucciones, de carácter general o particular (art. 25 del Estatuto) o de llamar al Fiscal General a su presencia a cualquier miembro del Ministerio Fiscal darle las órdenes oportunas (art. 26) A su vez, las juntas de fiscalía son otro instrumento de fijación de criterios (art. 24 del estatuto)

Dicho esto, debemos analizar para qué se utilizan estos dos principios organizativos. La respuesta no es sino que los principios de organización están encaminados a posibilitar el cumplimiento fiel de los principios de funcionamiento: legalidad e imparcialidad.

En cuanto al primero de ellos, el art. 6 del Estatuto Orgánico, afirma que “por el principio de legalidad el Ministerio Fiscal actuará con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma que las leyes establezcan”. Por tanto, se plasma aquí su papel de magistratura postulante defensora de la legalidad. La cuestión que suele plantearse siempre al hilo de esta consideración es qué ocurre con su dependencia del Gobierno, dado que por la vía del nombramiento del Fiscal General – por el Rey, a propuesta del Gobierno oído el Consejo General del Poder Judicial- ex art. 124 de la Constitución, con el añadido de una comparecencia no vinculante ante la Comisión de Justicia del Congreso- prevista en el art. 29.2 del Estatuto, se cuele la sospecha – siempre jaleada por los partidos de la oposición- de la dependencia del ejecutivo.

Pues bien, debe decirse que, si bien es cierto que el Gobierno propone el nombramiento del Fiscal General, no lo es menos que éste cuenta con un resorte que garantiza su independencia y, por ende, la de la institución, y es que cuenta con un mandato de cuatro años, según el art. 31 del Estatuto, sin que pueda ser cesado sino por causas tasadas. En segundo término, el Gobierno no puede ordenar nada al Fiscal General, únicamente puede interesar actuaciones, de la misma forma que puede hacerlo el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma. Esta garantía debe ser resaltada, dado que en otros países- Alemania, Francia, EEUU- o bien el Gobierno puede ordenar actuaciones a la Fiscalía, o bien el Ministro de Justicia puede darlas de manera natural porque, a la vez, es Fiscal del Estado.

El Fiscal, frente a ese interés del Gobierno, y oída la Junta de Fiscales de Sala, puede considerar improcedente esa actuación interesada y rechazar su práctica, de acuerdo con el art. 8 del Estatuto.

Una última consideración práctica: es desconocer la naturaleza de la institución y de sus

componentes el pensar que se va a realizar una actuación ilegal (como no acusar a quien debe serlo) sólo porque convenga a los intereses del Gobierno. Ya no mucha gente recuerda la actuación del Fiscal General de los estados Unidos en el asunto Watergate: nombrado un fiscal especial para el caso, Archibald Cox, cuando éste rechazó el 19 de octubre de 1973 un pedido del Presidente de los Estados Unidos. Richard Nixon, enfurecido, pidió a su Fiscal General y Ministro de Justicia que cesara a Cox; como éste renunció antes de cumplir una orden ilegal, se lo pidió a su adjunto, William Ruckelshaus, quien también dimitió. Minutos después, esa misma noche, Nixon contactó con un tercero que aceptó a regañadientes el pedido, Robert Bork. A dicha noche y ceses se le denominó “masacre del sábado por la noche”, que escandalizó al Senado y a toda la opinión pública y precipitó la imputación del propio presidente el 27 de julio de 1974. Pues bien, si esto es así en un sistema en que no existe una carrera funcional tal y como la conocemos aquí, nadie puede dudar que dicha cadena de negativas, esta vez sin fisura alguna, se produciría también aquí, siendo el caso que los miembros del Ministerio Fiscal no pueden ser despedidos, al gozar de estatus funcional. Dicho estatus es una garantía de independencia.

Poca gente sabe que, además, los fiscales individuales pueden objetar una orden del superior, de acuerdo con el art. 27 del Estatuto, si consideran que es ilegal o, sin llegar a serlo, simplemente, por entender que es improcedente. En ese caso, el superior, puede, oída su junta de fiscales, bien reiterar la orden, bien relevar al fiscal concreto. Aunque dicho mecanismo puede tildarse de escaso e insuficiente, piénsese que, en asuntos de relevancia, tiene un coste que hace difícil pensar que el superior (el Fiscal General, por ejemplo) se arriesgue a un desgaste público de no existir verdaderos motivos que hagan imprescindible un cambio de criterio. En definitiva, frente a la extendida opinión, fomentada por tertulias de quienes saben del Fiscal lo que han leído en un manual del abogado en casa o cómo aprender

derecho en diez días, no resulta fácil la injerencia gubernamental en asuntos concretos.

En segundo término, el principio de imparcialidad se resume en el art. 7 del Estatuto: “Por el principio de imparcialidad el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados”. Esto no hace sino reproducir el principio de imparcialidad en la investigación penal recogido ya desde mucho tiempo antes en el artículo 2 de la Ley de enjuiciamiento criminal.

4. FINES.

De acuerdo con el art. 124.1 de la Constitución, “el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición del os interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”. El artículo 3 del estatuto desarrolla todas estas funciones.

5. ORGANIZACIÓN.

La estructura del Ministerio Fiscal es, en principio, territorial y similar o paralela a la planta judicial, sin perjuicio de que se haya superpuesto en los últimos años una estructura organizativa basada en las especialidades.

Así, por cada provincia hay una Fiscalía provincial. En determinados núcleos poblacionales de gran tamaño existen las llamadas Fiscalías de Área (Getafe, Móstoles, Alcalá, por ejemplo) dependientes de la Fiscalía provincial. As su vez, las Fiscalías provinciales dependen de la Fiscalía de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Por otra parte, existiendo un órgano jurisdiccional con competencia en todo el territorio nacional, la Audiencia Nacional, existen dos Fiscalías adscritas a dicho órgano judicial, la Fiscalía de la Audiencia Nacional y la Fiscalía Especial Antidroga. Esta última tiene delegados en todo el territorio.

Con competencia en todo el territorio nacional y con posibilidad de intervenir ante todos los órganos judiciales está la Fiscalía contra la Corrupción y Criminalidad Organizada, que conocerá de los asuntos que le asigne del Fiscal General caso por caso y dentro de las materias que recoge el art. 19. 4 del Estatuto. También tiene delegados en todo el territorio.

Siendo la cúspide de la organización judicial el Tribunal Supremo de Justicia, existe una Fiscalía del Tribunal Supremo.

A su vez, existiendo un Tribunal Constitucional y un Tribunal de Cuentas, existe una Fiscalía del Tribunal de Cuentas y una Fiscalía ante el Tribunal Constitucional.

Dentro de la Fiscalía General, y ante la necesidad de combatir más eficazmente las formas especiales de delincuencia, se crearon Fiscales especializados (Fiscales de Sala, con categoría de Magistrados del Tribunal Supremo) en materia de medio ambiente, seguridad vial, delitos contra la mujer, delitos informáticos, protección de menores, por ejemplo. La Fiscalía del Tribunal Supremo está dirigida por el número dos de la carrera, el llamado Teniente Fiscal del Tribunal Supremo.

Por último, debemos decir que para ser Fiscal es preciso aprobar una oposición, ser mayor de edad, no tener antecedentes penales y estar en posesión del grado de derecho. La oposición es única y común para el acceso a las carreras judicial y fiscal. Una vez superada la prueba y según escalafón en la oposición y preferencias, cada opositor aprobado opta por ser juez o fiscal.

XI. EL ABOGADO Y EL DERECHO DE DEFENSA

JESÚS MANDRI ZÁRATE
ABOGADO

Como letrado en ejercicio del derecho penal hace más de veinte años, tengo claro que el derecho de defensa es el más importante de todos los que asisten a cualquier ciudadano inmerso en un procedimiento penal. El derecho de defensa está básicamente regulado en el artículo 24 de la Constitución Española, y engloba a su vez otros derechos y garantías procesales (derecho a guardar silencio, derecho a no confesarse culpable, a la presunción de inocencia, etc.), que se encuentran regulados también en ese mismo precepto y en otros del ordenamiento jurídico, como veremos. Precisamente el derecho de defensa permite el ejercicio de otros derechos íntimamente a él ligados.

El término ‘defensa’ va aparejado al de conflicto, pues una persona se defiende siempre frente a un ataque. Así, por lo general, la defensa resulta necesaria para repeler una agresión.

En el proceso penal, esta “agresión” se materializa en el ejercicio por parte del Estado del *ius puniendi* contra el presunto autor de una infracción

penal. Y en dicho proceso, en muchas ocasiones se produce la privación y limitación de otros derechos fundamentales como incluso el derecho a la libertad, por lo que el derecho de defensa, cuyo ejercicio precisamente viene a contrarrestar o dar respuesta al mencionado *ius puniendi*, resulta de una extraordinaria relevancia y ha sido tradicionalmente uno de los grandes temas objeto de estudio por la doctrina.

Por ello, el derecho de defensa se ha recogido no sólo en los ordenamientos jurídicos de los estados sino también en muchos Tratados y Convenios Internacionales, garantizándose que todo ciudadano pueda defenderse con garantías en un proceso penal.

Así, el derecho a la defensa y a la asistencia letrada viene recogido en convenios internacionales ratificados por España, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 10 y 11.1), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de Roma de 4 de noviembre de 1950, en vigor en España desde el 4 de octubre de 1979 (art. 6.3 c), el

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, ratificado el 27 de abril de 1977 (14.3.b), etc.

En el ámbito nacional, los *derechos y libertades fundamentales* se encuentran regulados en los arts. 14 a 29 de la CE, entre los que se encuentra el derecho de defensa, consagrado en el art. 24. Dicho precepto establece el derecho a la tutela judicial efectiva, y diversos derechos accesorios, entre otros, el derecho a no sufrir indefensión. Este derecho debe ponerse en conexión con el art. 17.3 CE, que garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la Ley establezca.

El término “abogado” (del latín *advocatus*, ‘llamado en auxilio’) se refiere a aquel licenciado en Derecho habilitado conforme a la legislación de cada estado, que ejerce el derecho en asistencia de otras personas, siendo por tanto un auxiliar activo e indispensable en la administración de la Justicia. En el proceso penal, el abogado suple con sus conocimientos jurídicos las carencias de que adolece el ciudadano medio sometido al proceso, preservando el principio de igualdad de armas frente a las acusaciones, especialmente frente a la acusación pública encomendada por el Estado al Ministerio Fiscal.

La efectiva contradicción, necesaria en el proceso penal, precisa de la existencia de una igualdad al menos potencial entre las partes, de forma que sus posiciones procesales se encuentren equilibradas. Por ello, se hace necesaria la presencia de un defensor técnico en el proceso como único modo de satisfacer la exigencia de equilibrio entre partes, y esa es precisamente la función del abogado defensor: supervisar y promover el ejercicio del derecho de defensa de su cliente y evitar se produzca cualquier limitación o restricción al mismo.

La doctrina se ha referido al abogado defensor como un *alter ego* procesal. Puede observar todos los aspectos del proceso, no sólo el punto de vista de la defensa, sino también los posibles enfoques acusatorios y el *modus operandi* de los operadores del sistema de justicia en general. Como conocedor del Derecho,

el defensor asesora al imputado, fiscaliza la labor del Ministerio Fiscal y demás acusaciones, elabora la estrategia de defensa y propone pruebas, controla y participa en su práctica, argumenta sobre su eficacia, discute el encaje jurídico de los hechos imputados a su defendido y la sanción que se le pretenda imponer, recurriendo las resoluciones que resulten desfavorables.

Lo que significa que en todo proceso **judicial** debe respetarse el **derecho de defensa** contradictoria de las **partes** contendientes, y dicho derecho se manifiesta en las facultades de intervenir en la **prueba** para controlar su correcta **práctica** y contradecirla, y muy concretamente la de «interrogar o hacer interrogar a los **testigos** que declaren contra él». Del **derecho de defensa** contradictoria son también manifestaciones **instrumentales** los **derechos** a ser informado de la **acusación**, a utilizar los **medios de prueba**, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse **culpable**. Por ello, toda persona a quien se impute un hecho delictivo ejercerá su **derecho de defensa** actuando en el **procedimiento** desde que se le comunique su existencia, haya sido o no objeto de **detención** o de cualquier otra medida **cautelar** o se haya **acordado** su **procesamiento**, debiendo instruirse de su derecho de defensa (art. 118.1 LECr.).

El derecho de defensa es por tanto un derecho fundamental que debe ser respetado y promovido por los poderes públicos (artículo 9.3 CE) y que cuenta con una especial protección a través del recurso de amparo (artículo 53 CE).

El artículo 24 CE también establece en su apartado segundo que asimismo, todos tienen derecho a la defensa y a la asistencia de letrado. Por su parte, el art. 17.3 CE establece que “*se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca*”.

Por tanto ha sido la norma procesal la que ha determinado el alcance de esta garantía, estableciendo de modo general en el proceso penal la obligatoriedad de la intervención de abogado, de conformidad con los arts. 118, 520 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

De esta manera queda configurado constitucionalmente el derecho a la defensa, que aparece íntimamente ligado también al derecho a la asistencia jurídica gratuita, recogido en el art. 119 de la Constitución, que establece que *“la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley, en todo caso, respecto a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar.”*

Se integran por tanto, dentro del derecho a la defensa en sentido amplio, tres derechos autónomos relacionados entre sí:

- Defenderse por sí mismo en los supuestos legalmente establecidos, aunque no siempre es la opción recomendable.
- Defenderse mediante la asistencia de un letrado de su elección.
- Defenderse recibiendo asistencia jurídica gratuita cuando se cumplan determinados requisitos.

En conclusión, el derecho de defensa se configura como un derecho fundamental cuya titularidad corresponde al imputado (ahora “investigado”) en un proceso penal, pero puede ser ejercitado por dos personas: por el propio imputado cuando así se lo permita el ordenamiento jurídico (autodefensa) y por un abogado (defensa técnica).

La indefensión que veda el art. 24 CE (*“en ningún caso”*) llega a afirmarse) evidencia que el derecho de defensa no es susceptible de limitaciones, y no podrán quebrarse los principios de contradicción e igualdad de armas que rigen todo proceso penal.

El inicio del derecho a la defensa letrada reconocido en el art. 17 CE: la designación del abogado.

Pese a la imprecisión del artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al expresar que la designación de Abogado ha de tener lugar *“cuando la causa llegue a estado en que se necesite el consejo de aquéllos o haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación”*, la asistencia de abogado no puede obviarse por el mero hecho

de no hallarse el imputado detenido o preso. Por el contrario, será el Juez quien interpretará la concurrencia de alguna circunstancia que recomiende la designación inmediata de abogado.

No obstante, el art. 775 LECr. establece que ya en la **primera comparecencia judicial** se informará al investigado de los hechos que se le imputan y de sus derechos, en particular de su derecho de defensa regulado en el apartado 1 del art. 118 de la misma LECr., permitiéndose incluso que antes y después de su declaración judicial pueda el investigado o imputado entrevistarse reservadamente con su abogado.

Por tanto, dicho precepto concreta lo establecido con carácter objetivo por el art. 767 LECr., que genéricamente afirma que *“desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada. La policía judicial, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial recabarán de inmediato del Colegio de Abogados la designación de abogado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado.”* Por tanto, resulta evidente que la intervención del abogado deberá producirse incluso con anterioridad al inicio o incoación de un procedimiento judicial, es decir, ya en fase de investigación policial.

Encontrándose el investigado en situación de libertad, las comunicaciones con su abogado defensor son inviolables, toda vez que previamente han existido medios adecuados para investigar los hechos presuntamente delictivos mediante las denominadas diligencias de investigación practicadas en la fase de instrucción del proceso penal.

Distinto sería que el imputado estuviese en situación de prisión provisional, ya que en tal caso existe la posibilidad de intervenir las comunicaciones de los internos con excepción de las que mantengan con su abogado defensor, salvo en supuestos de terrorismo. En tales casos, si se permite la intervención de las comunicaciones del acusado con su abogado defensor, siempre que medie la pertinente resolución judicial motivada.

La reforma introducida por la LO 5/2015 en relación con el derecho de defensa.

La Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, ha modificado determinados preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (entre ellos los mencionados arts. 118 y 775) y la LO 6/1985, de 1 de julio, para trasponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa a la interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

Pues bien, la trasposición de dichas directivas -sentido y finalidad de la reforma-, que desarrollan dos aspectos esenciales de la defensa en el proceso penal, conlleva un importante esfuerzo de las garantías del proceso penal, mediante la regulación detallada del derecho a la traducción e interpretación en dicho proceso y del derecho del imputado a ser informado sobre el objeto del proceso penal de modo que permita un eficaz ejercicio del derecho de defensa, como recuerda el Preámbulo de la LO 5/2015.

En consecuencia, la reciente reforma procesal ha contribuido a definir y profundizar sobre el derecho de defensa del imputado en el proceso penal, ampliando su extensión y asentando —a favor del investigado— algunas cuestiones tales como el derecho a ser asistido por un intérprete, no sólo en presencia judicial si no también en sus comunicaciones con su abogado defensor, el derecho a la traducción de documentos y resoluciones judiciales esenciales y, muy relevante, el **derecho a la información de los imputados** en el proceso penal, modificándose el art. 118 LECr., que regula entre otros el derecho a ser informado claramente de los hechos objeto de imputación, el derecho a examinar las actuaciones con antelación para salvaguardar el derecho de defensa, el derecho a designar libremente abogado y a la asistencia jurídica gratuita, el derecho a guardar silencio y no declarar contra sí mismo, etc.

Y con la reforma de 2015 también se ha reforzado el **derecho a la información de los detenidos**, regulado en el art. 520 LECr., también modificado,

que establece ahora entre otros el derecho de acceso a los elementos de las actuaciones —“derecho de acceso al expediente”— que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad, lo que supone una novedad respecto de la anterior legislación, ya que antes no era posible el acceso por el abogado y su cliente a las actuaciones policiales o atestado, con anterioridad a prestar declaración ante la autoridad judicial.

Por tanto, cabe afirmar que tras la reforma operada por la LO 5/2015, el derecho de defensa ha cobrado si cabe mayor relevancia y protagonismo en la Ley procesal penal.

Contenido del derecho de defensa.

Como ya hemos visto, el derecho de defensa en sentido amplio engloba una serie de derechos y garantías procesales que deben observarse y respetarse en la tramitación de un proceso penal, a fin de evitar cualquier situación de indefensión para el imputado. A continuación vamos a referirnos a tales derechos y garantías que determinan el contenido del derecho de defensa en sentido amplio.

1. Derecho a ser informado de la acusación.

En el ámbito de las garantías integradas en el derecho a un proceso equitativo y en conexión con el derecho de defensa (art. 24.2 CE), se encuentra el derecho a ser informado de la acusación con la finalidad de articular una adecuada estrategia de defensa.

En relación con esta cuestión, nadie puede ser condenado sin haber sido previamente acusado. Como se recoge en la STC 54/1985, de 18 de abril “*el no acusado no puede ser condenado y ni siquiera juzgado*”, pues la Constitución impone la separación entre la función de juzgar y la de acusar impidiendo que el Juez actúe sucesivamente como acusador y juzgador. Por otro lado, el derecho a ser informado de la acusación es consustancial al derecho de defensa, pues parte esencial del mismo es el derecho a contradecir la pretensión acusatoria y nadie puede defenderse de lo que no conoce.

2. Derecho del acusado a utilizar los medios de prueba.

En el ejercicio del derecho de defensa, el acusado tiene derecho a solicitar la práctica de los medios de prueba pertinentes y tendentes a acreditar su inocencia o su versión de los hechos.

Señala el Tribunal Constitucional (entre otras, STC 91/2000, de 30 de marzo), que para apreciar una vulneración de estas características es preciso que siendo relevante para la resolución del litigio, la prueba propuesta en legal forma sea inadmitida inmotivadamente o mediante una interpretación arbitraria o irrazonable; o que, siendo admitida, no se practique por causas no imputables al acusado.

El derecho a la prueba no tiene carácter ilimitado, y como establece dicha doctrina, *“la prueba denegada tiene que tener los caracteres de pertinente, necesaria, posible, útil y relevante, además de ocasionar indefensión al recurrente”*.

3. La celebración del juicio en ausencia del acusado.

En el proceso penal, **el derecho del acusado a estar presente en el juicio** no es únicamente una exigencia del principio de contradicción, sino el instrumento que hace posible el ejercicio del derecho de autodefensa: sólo mediante la presencia física en el juicio puede prestarse o negarse conformidad a la acusación, puede convertirse la declaración del acusado en un acto de defensa, y puede ejercerse el derecho a la última palabra que en nuestro ordenamiento constituye una manifestación del derecho de autodefensa.

Pues bien, siendo preceptiva la presencia del acusado en el juicio con su abogado defensor, regla general impuesta por el art. 786.1 LECr., existen dos excepciones reguladas en dicho precepto: (i) se podrá juzgar a los acusados presentes en el caso de ser varios y si faltara alguno, o (ii) si constando la citación personal de un acusado la pena solicitada no excediera de dos años, éste no compareciera al juicio oral, y solicitaran las acusaciones la celebración del juicio en su ausencia, oída la defensa.

4. Límites al derecho de defensa: abuso de derecho o fraude procesal.

El derecho de defensa no es ilimitado (STS 17 de octubre de 2006), y el Tribunal puede rechazar aquellas solicitudes que entrañen abuso de derecho, fraude de ley o procesal, pues la indefensión del imputado tiene constitucionalmente un contenido material, no meramente formal.

Por ejemplo, si el acusado ha estado asistido por letrado de su elección o de oficio durante la tramitación del proceso, no resulta procedente ni admisible que el mismo día del juicio o en días inmediatos solicite la designación de un nuevo letrado de oficio o designar otro de su confianza interesando la suspensión del juicio, ya que estas solicitudes se consideran extemporáneas y en fraude de ley y abuso de derecho, del mismo modo que la renuncia formulada por el abogado defensor al inicio del juicio no resulta procedente, y la misma no figura entre las causas de suspensión del juicio que regula el art. 746 LECr.

5. Derecho del acusado a dirigirse a su letrado en el juicio.

De la posibilidad efectiva de seguir con atención las vicisitudes del proceso deriva el derecho del acusado de poder transmitir a su abogado aquellas observaciones pertinentes sobre el desarrollo de las pruebas o sobre cualquier otra incidencia durante el juicio.

6. Derecho a la asistencia letrada en la detención.

El reconocimiento de tal derecho esta pacíficamente reconocido (STS de 22 de marzo de 2001), y su impedimento u obstaculización por autoridad o funcionario público puede ser incluso constitutivo del delito previsto en el art. 537 CP.

No obstante, la presencia de abogado solo es precisa al momento de la declaración, no siéndolo en algunas otras diligencias, como la de entrada y registro, práctica de prueba de alcoholemia, etc., en las que no es preciso que exista abogado, *salvo si se traslada al detenido a dependencias policiales para tomarle declaración* (STS de 17 de noviem-

bre de 2003), siendo en tal momento preceptiva la asistencia e intervención del abogado defensor y la lectura de derechos.

A este respecto, el art. 520.2 LECr. afirma que el detenido será informado por escrito de los derechos que le asisten, entre ellos a designar abogado y ser asistido por él sin demora injustificada. Incluso en el supuesto en que por lejanía geográfica no sea posible de inmediato la asistencia de abogado, se facilitará la comunicación telefónica o por videoconferencia con aquel.

7. *El derecho al secreto de las comunicaciones.*

Si el derecho de defensa impone la necesidad de estar asistido por abogado desde el inicio de un proceso penal, es evidente que una injerencia en el secreto de las comunicaciones entre el abogado y cliente generará indefensión y vulnerará además un derecho fundamental, siendo inútil la información así obtenida a los efectos de fundamentar una sentencia condenatoria.

No obstante y como ya expusimos, cuando la comunicación entre abogado y cliente se produce estando este último interno en un centro penitenciario, la ley permite excepcionalmente la intervención de estas comunicaciones, en los supuestos de terrorismo y siempre mediando autorización judicial motivada.

En ningún otro supuesto se podrá vulnerar o limitar el secreto de las comunicaciones, imprescindibles por otra parte para un adecuado ejercicio del derecho de defensa y diseño de una estrategia. Cualquier información o dato obtenidos accediendo a las comunicaciones entre abogado y cliente más allá de los supuestos descritos, se habría obtenido ilícitamente y será ineficaz como prueba inculpativa.

8. *Derecho de no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.*

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, en España el investigado o acusado no está obligado a declarar y a responder a las preguntas que se le formulen. Es más, si lo hace, tampoco está obligado a decir la verdad si considera que esta puede incrimi-

narle; en conclusión, está legitimado en el ejercicio de su derecho de defensa, a no reconocer los hechos que se le imputan.

Esto podrá ser discutible desde un punto de vista moral o ético, pero desde luego tiene su amparo en el derecho de defensa regulado como derecho fundamental en el art. 24 CE.

Por el contrario, los testigos si están obligados a declarar y además deben decir verdad, pues en caso contrario podrían incurrir en la comisión de un delito de falso testimonio en causa criminal.

En cualquier caso, reconocida la facultad del inculcado en un proceso penal de no autoincriminarse y manifestar en su declaración lo que estime por conveniente, ¿puede concluirse qué si voluntariamente decide declarar, tiene derecho a mentir?

Esta previsión se encuentra recogida en todas las modernas Constituciones democráticas, piénsese en la conocida quinta enmienda de la Constitución Americana tantas veces reproducida en las películas.

Pues bien, la diferencia sustancial entre nuestro sistema y el americano consiste en que en EEUU existe el derecho a no declarar pero si se declara se ha de decir verdad, y en España no; es decir, quien declara como inculcado en un proceso penal, puede manifestar lo que quiera, sin más reproche y consecuencias que las puedan derivarse de sus afirmaciones (piénsese por ejemplo si sus afirmaciones podrían ser constitutivas, a su vez, de un delito de acusación o denuncia falsa).

Consecuencia lógica de lo anterior, es el valor probatorio limitado de las declaraciones de un imputado o acusado en un proceso penal. Si tal sujeto procesal no está obligado a declarar ni decir verdad, evidentemente los Jueces y Tribunales valorarán con más recelo el contenido de sus declaraciones, que en muchas ocasiones —por no decir en prácticamente todas— tendrá contenido y finalidad autoexculpatoria.

La extensión de este derecho es desde luego una cuestión opinable y discutible, y no pocos juristas se postulan por el cambio y aproximación de nuestro sistema al americano, al menos a este respecto.

Como decía Marco Tulio Cicerón, *“la verdad se corrompe tanto con la mentira como con el silencio”*. No obstante, en el proceso penal no debería equipararse el silencio a la mentira, y quizá lo segundo debería constituir un delito y lo primero un derecho.

A mayor abundamiento, en el proceso penal español no todo es blanco o negro. Es decir, no se resuelven todos los procesos penales con una declaración o veredicto de inocencia o culpabilidad. Ambos conceptos son matizables en muchas ocasiones, y los abogados defensores, como parte integrante del sistema judicial español, contribuyendo con nuestra labor al esclarecimiento de los hechos, podemos desempeñar perfectamente nuestra labor de defensa de los intereses de un cliente haciéndolo con respeto hacia la verdad y amparándonos en el silencio puntual de nuestros clientes en lo que respecta a alguna cuestión.

Pero como decía antes, se trata de una cuestión debatida y debatible, y por el contrario podrá interpretarse que si el artículo 24 CE predica un derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable,

esas son las reglas de juego y que por tanto el acusado puede, con el tenor literal de la Ley, mentir y su abogado elaborar su estrategia de defensa sobre esa base.

En no pocas ocasiones me han preguntado, ¿cómo puedes defender a una persona, sabiendo que es culpable de éste u otro delito?

Pues bien, pienso y siempre digo lo mismo. Se trata de nuestra profesión íntimamente ligada al derecho de defensa de cualquier persona. Nuestra labor deriva de la existencia de un derecho fundamental reconocido en la Constitución Española, que hemos analizado más o menos acertadamente.

Y esto guarda íntima relación con la libertad e independencia del abogado en el ejercicio de su profesión y esa es precisamente una de las circunstancias que la hacen más atractiva y gratificante. El abogado podrá libremente decidir si asume o no la defensa de una determinada persona o delito, y la forma en que lo hará, pudiendo también libremente rechazar la defensa de un determinado asunto o la estrategia de defensa que le pueda venir impuesta por un cliente o un tercero.

IX. LA FUNCIÓN REGISTRAL

CLAUDIO JARILLO GÓMEZ
REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD

Una de las Instituciones que más contribuyen a la seguridad y tráfico jurídico inmobiliario, y no por ello de las más conocidas, es el Registro de la Propiedad Inmobiliaria.

El Registro de la Propiedad es una oficina pública, a cargo de un Registrador de la Propiedad, que tiene por finalidad dar seguridad al tráfico jurídico inmobiliario mediante la toma de razón de las modificaciones jurídicas reales que se producen en los bienes inmuebles y dar publicidad de dichas modificaciones.

Nuestro sistema actual arranca de la Ley Hipotecaria de 8 de Febrero de 1.861, por el cual se superan las limitaciones de las antiguas contadurías de hipotecas, en las que eran registros de propiedades y propietarios, pero con el efecto principal de que los documentos de los que no se había tomado razón en las mismas no hacían fe en juicio ni fuera de él, siendo inútiles para perseguir las hipotecas y para que se entendieran gravadas las fincas descritas en los mismos.

Si bien este sistema, con representar un avance respecto a la situación anterior, dejaba sin solucionar grandes problemas. ¿Quién iba a prestar sus dineros con garantía de inmuebles si había acreedores privilegiados que sin necesidad de que tomara razón de su derecho en ningún registro eran los primeros en cobrar? ¿Quién nos da la seguridad de que el que nos trámite sus fincas es su verdadero dueño? ¿Quién nos garantiza que el que nos hipoteca su finca en garantía de un préstamo puede disponer de ella?

Piénsese que todas estas incertidumbres ya se daban en una época (antes de 1.861, fecha de la actual Ley Hipotecaria) en la que se vivía en sociedades muchas más cerradas que la actual, en la que la mayoría de la relaciones jurídicas se desenvolvían entre personas de algún modo tenían algún tipo de relación entre sí y podía conocerse su situación jurídico patrimonial.

Actualmente, en un mundo globalizado, en la que hay relaciones de todo tipo entre personas de cualquier parte del mundo, esta seguridad y certi-

dumbre en las situaciones jurídicos patrimoniales es fundamental. Con un Registro jurídico como el español, que por el hecho de inscribir nuestros derechos en el mismo con los requisitos que la Ley exige, me hace propietario frente a todos con independencia de que el que me transmitió la finca fuera o no su propietario; o que al hacer un préstamo, yo pueda calcular el valor de la garantía patrimonial que me da el deudor sin miedo a que dicha garantía se vea disminuida por la existencia de cargas ocultas, que se anteponen a mi derecho sin necesidad de que estén inscritas en ningún Registro público, y por tanto, sin posibilidad de que yo pueda tenerlas en cuenta al no haber ningún medio de publicidad de las mismas.

Todo este cúmulo de inseguridades e incertidumbre había que suplirlo, de no existir un Registro de la Propiedad como el nuestro, por otro sistema que me garantizara de algún modo la titularidad y situación de los bienes. Uno de ellos sería la denominada prueba diabólica, con el consiguiente coste de tiempo y dinero. Tendría que probar que el transmitente de mi transmitente era dueño y así con su transmitente, hasta llegar al adquirente originario o al menos recurrir a la figura de la usucapión. Se cuenta la anécdota de cuando se adquirió el terreno del Rockefeller Center, hubo que hacerse esta investigación, para saber con certeza y seguridad que el titular del mismo los era a todos los efectos. Se tardó más de dos años y costó más de tres millones de Euros, en adquirir esta certidumbre. En nuestro sistema esta seguridad de quien es el propietario a todos los efectos, si la finca está inscrita en el Registro, se consigue de manera inmediata y a un precio no muy superior a los tres Euros, con la posibilidad añadida de poder obtener toda la información por internet a través del portal que el Colegio de Registradores tiene habilitado al efecto.

Otro sistema sería el seguro inmobiliario. Con ello conseguiríamos asegurar el valor del inmueble, pero nunca el inmueble mismo, y a un coste muy superior. Todos los años tendríamos que pagar la prima del seguro por un importe superior al coste de la inscripción de las fincas en el Registro, que se hace

una sola vez y por toda la vida del inmueble. Además, lo que garantiza nuestro sistema es el inmueble mismo. Yo voy a seguir siendo dueño de la finca. El sistema de seguro me garantiza la indemnización por el valor del bien, pero perdería el bien mismo, que es lo que verdaderamente queremos seguir teniendo. También se comenta que Barack Obama, comentó que había dos cosas que le gustaría importar de España: la alta velocidad española, y el sistema de seguridad jurídica inmobiliaria.

El sistema español se realiza a través de oficinas Registrales a cargo de un Registrador de la Propiedad, que tiene competencia en el denominado Distrito Hipotecario; en un principio este Distrito Hipotecario, o circunscripción territorial en donde cada Registrador ejerce su competencia, coincide con los antiguos partidos judiciales. La evolución posterior de la Sociedad, y el desarrollo de la población han hecho que se creen nuevos Registros, allí donde la población lo exigía, así como suprimir oficinas donde dicha población ha disminuido.

Toda la información referente a la finca, la vamos a encontrar en el Registro correspondiente al territorio donde radica la misma, de tal manera, que lo que no conste en el historial de la finca en dicho Registro, es como si no existiera. Las personas solo se van haber afectadas por lo que resulta de los asientos del Registro. Y aquí es donde se producen los efectos fundamentales del sistema:

I.- Aspecto positivo que consiste en una presunción de exactitud registral con dos vertientes: Una presunción *iuris tantum* (que admite prueba en contrario) de existencia y posesión jurídica de los derechos inscritos que actúa en favor de todo titular registral. Otra presunción *iuris et iure* (no admite prueba en contrario) que actúa en favor de los terceros adquirentes que confían en los pronunciamientos de sus asientos y que reúnan los requisitos legales (que son los contenidos en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria) y que se configura como el verdadero pilar de nuestro sistema, atribuyéndoles una posición inatacable respecto a los posibles vicios de sus transferentes.

II.- El otro aspecto del Registro es el negativo, de tal modo que lo no inscrito no afecta (no es oponible) al que, confiando en sus pronunciamientos, inscribe su derecho.

Con un sistema como el nuestro, se garantiza al comprador, de manera plena, la titularidad del vendedor que figura en el Registro como propietario, aunque por cualquier circunstancia ya no lo sea en la realidad jurídica extra registral. Se garantiza al que va a prestar con la garantía de una hipoteca sobre la finca del deudor, que esta no tiene cargas, que su garantía es la primera.

Esta seguridad y certidumbre que da el Registro de la Propiedad, acerca de quién es el propietario de cada finca y que gravámenes pesan sobre ella, facilita y hacen posible multitud de transacciones que de lo contrario no querrían celebrar compradores o prestamistas por miedo a perder el precio pagado o el dinero prestado. Además abarata las transacciones, ya que no es necesario hacer ningún gasto más para tener esa seguridad y certidumbre, cosa que en otros sistemas habría que hacer (investigación de la propiedad, seguros inmobiliarios, etc.); esa seguridad y certidumbre ya la da nuestro sistema y a un coste mínimo.

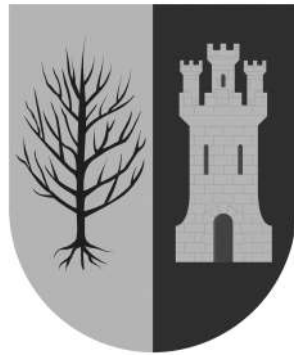
Otra función que realiza el Registro de la Propiedad a través de la función calificadora de los Registradores (examen previo por el Registrador para que solo accedan al Registro los títulos válidos y perfectos) es garantizar el acceso de todas las personas en un plano de absoluta igualdad, impidiendo el abuso de una de las partes cuando goza de una situación de

predominio sobre la otra, que se ve forzada a aceptar las condiciones impuestas. A través de la función calificadora se expulsa del sistema las cláusulas abusivas que se imponen a los consumidores en los contratos celebrados en masa. Tenemos casos recientes como las cláusulas suelo, o los intereses moratorios abusivos en las hipotecas.

También a través del sistema se facilita el acceso a la propiedad a personas carentes de recursos o con recursos muy limitados, a través de la fórmula de los microcréditos. Permiten el acceso a la propiedad a estos grupos sociales más desfavorecidos, al posibilitar que las entidades financieras, al confiar en los pronunciamientos registrales, en que los atribuyen la propiedad de sus pequeñas fincas, les presten los capitales necesarios para poner en marcha sus explotaciones.

El sistema contribuye a reforzar la función social que debe realizar la propiedad, posibilitando que esta pueda desarrollarse dentro del tráfico jurídico en un plano de absoluta igualdad entre todos los intervinientes y que sirva para dar satisfacciones a todos con independencia de la condición de cada uno y evitando el abuso que pueda producirse por la posición dominante de una de las partes contratantes.

En definitiva, es un instrumento más de lo que se vale nuestro ordenamiento jurídico para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución, que después de reconocer el derecho a la propiedad privada y a la herencia, determina que la función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes.



RETAMAR
INTERNATIONAL BACCALAUREATE WORLD SCHOOL

Pajares 22 (Somosaguas)
28223 Madrid
www.retamar.com