

ACCESO A LA VISUALIZACIÓN ONLINE DE ESTE NÚMERO DE LA REVISTA

Para acceder a la visualización Online de este número de la revista envíe un correo electrónico a atencionalcliente@tirantonline.com con la siguiente información:

- Título y número de la revista
- Ticket de compra

A continuación recibirá un correo electrónico con las claves e instrucciones de acceso

TEORÍA & DERECHO TAMBIÉN SE VE Y SE ESCUCHA

Descargando este código puede acceder a los vídeos grabados por sus autores



No se admitirá la devolución de este libro si el código promocional ha sido manipulado

CONSULTE LOS NÚMEROS ANTERIORES DE LA REVISTA EN
teoriayderecho.tirant.com

teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

REVISTA SEMESTRAL. JUNIO 34/2023
teoriayderecho.tirant.com

CONSEJO EDITORIAL:

María José Añón Roig

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

María Luisa Cuerda Arnau

Catedrática de Derecho Penal. Universidad Jaume I (España)

Fernando Flores Giménez

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Valencia (España)

Ángel M. López y López

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla (España)

Formó parte de este Consejo Editorial:

Tomás S. Vives Antón

COMITÉ CIENTÍFICO:

María José Añón Roig

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia

Ana Cañizares Laso

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga

Jorge A. Cerdio Herrán

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

José Ramón Cossío Díaz

Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional

Carmen Domínguez Hidalgo

Catedrática de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

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

Owen Fiss

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

José Antonio García-Cruces González

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

José Luis González Cussac

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

Luis López Guerra

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

Ángel M. López y López

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

Marta Lorente Sariñena

Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

Javier de Lucas Martín

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

Víctor Moreno Catena

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid

Francisco Muñoz Conde

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

Angelika Nussberger

Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional en la Universidad de Colonia (Alemania) Miembro de la Comisión de Venecia

Héctor Olasolo Alonso

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

Luciano Parejo Alfonso

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

Consuelo Ramón Chornet

Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Valencia

Tomás Sala Franco

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

Ignacio Sancho Gargallo

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

Elisa Speckmann Guerra

Directora del Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM

Ruth Zimmerling

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

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

Asistente a la dirección: Víctor Merino Sancho

PVP número suelto: 89 euros (IVA incluido)

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

Redacción, Administración y Suscripción

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

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

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

Edita: Tirant lo Blanch

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

© Tirant lo Blanch

Telfs.: 96/361 00 48 - 50

Fax: 96/369 41 51

Mail: tlb@tirant.com

<http://www.tirant.com>

ISSN (impreso): 1888-3443

ISSN (online): 2695-6594

Depósito legal: V-2840-2007

Maqueta: Tink Factoría de Color

SUMARIO

DEBATE

Presentación. ¿Cómo elegir buenos jueces?	10
<i>Rosario Serra Cristóbal</i> <i>Cristina García Pascual</i>	
¿Qué juez?	14
<i>Perfecto Andrés Ibáñez</i>	
El acceso a la carrera judicial de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial española	34
<i>Elena Martínez García</i> <i>Raquel Borges Blázquez</i>	
La imprescindible función de la Escuela Judicial en la capacitación de juezas y jueces democráticos	66
<i>Miryam Rodríguez-Izquierdo Serrano</i>	
Mirar hacia fuera para vernos bien. El sistema español de acceso a la judicatura a la luz del modelo italiano	88
<i>Cristina García Pascual</i>	
El acceso a la judicatura en Francia. El primordial rol de la ENM para garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso, la eficiencia en la selección y la calidad de la formación	108
<i>Iñaki Esparza Leibar</i>	
El acceso a la judicatura en Alemania	132
<i>Walter Perron</i> <i>Helmut Perron</i>	
La selección de jueces en Estados Unidos: la singularidad de un modelo dual y diverso ...	152
<i>Rosario Serra Cristóbal</i>	
Proponer y nombrar a los jueces. <i>Lord Chancellor</i> (LC), <i>Lord Chief Justice</i> (LCJ) y la <i>Judicial Appointments Commission</i> (JAC)	182
<i>Rosa M.ª Fernández Riveira</i>	

ESTUDIOS

Derechos de las personas mayores y discriminación en las residencias geriátricas durante la pandemia de COVID-19	206
<i>Fernando Flores Giménez</i>	
Algunos problemas conceptuales y epistemológicos de la definición del consentimiento sexual en la llamada ley de «solo sí es sí»	230
<i>José Antonio Ramos Vázquez</i>	
La participación en el proceso penal de la víctima menor de edad. El ejercicio de la dispensa de la obligación de declarar	256
<i>Jesús Bonilla</i>	
Repensando el delito de falsificación documental a la luz del principio de <i>ne bis in idem</i>	282
<i>Pablo Hernández-Romo Valencia</i>	

TEMAS DE HOY

Las leyes penales, la irracionalidad y el consenso	300
<i>Gonzalo Quintero Olivares</i>	

SUMMARY

DEBATE

Presentation. How to choose good judges?	10
<i>Rosario Serra Cristóbal</i> <i>Cristina García Pascual</i>	
Which judge?	14
<i>Perfecto Andrés Ibáñez</i>	
Access into the judiciary power in Organic Law of the Spanish Judiciary.....	34
<i>Elena Martínez García</i> <i>Raquel Borges Blázquez</i>	
The essential role of the Spanish Judiciary School in training and qualification of democratic judges	66
<i>Miryam Rodríguez-Izquierdo Serrano</i>	
Looking outwards to look good. The Spanish system of access to the judiciary in the light of the Italian model	88
<i>Cristina García Pascual</i>	
Access to the judiciary in France. The primary role of the ENM in ensuring equal opportunities in access, efficiency in selection and quality of training	108
<i>Iñaki Esparza Leibar</i>	
Access to the judiciary in Germany.....	132
<i>Walter Perron</i> <i>Helmut Perron</i>	
Judiciary Selection in the United States: its unique dual and diverse model	152
<i>Rosario Serra Cristóbal</i>	
Nominating and appointing british judges. <i>Lord Chancellor (LC)</i> , <i>Lord Chief Justice (LCJ)</i> and the <i>Judicial Appointments Commission (JAC)</i>	182
<i>Rosa M.ª Fernández Riveira</i>	

STUDIES

Older people's rights and discrimination in care homes during the COVID-19 pandemic.....	206
<i>Fernando Flores Giménez</i>	
Some conceptual and epistemological problems with the definition of sexual consent in the so-called «only yes means yes» law	230
<i>José Antonio Ramos Vázquez</i>	
The participation in the criminal proceedings of the minor victim. The exercise of the dispensation of the obligation to testify	256
<i>Jesús Bonilla</i>	
Rethinking the offence of document forgery in the light of the principle of <i>ne bis in idem</i>	282
<i>Pablo Hernández-Romo Valencia</i>	

TODAY'S TOPIC

Criminal Law, irrationality and consensus	300
<i>Gonzalo Quintero Olivares</i>	

DEBATE

Presentación. ¿Cómo elegir buenos jueces?

Rosario Serra Cristóbal

Cristina García Pascual

¿Qué juez?

Perfecto Andrés Ibáñez

El acceso a la carrera judicial de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial española

Elena Martínez García

Raquel Borges Blázquez

La imprescindible función de la Escuela Judicial en la formación y en la capacitación de juezas y de jueces democráticos

Miryam Rodríguez-Izquierdo Serrano

Mirar hacia fuera para vernos bien. El sistema español de acceso a la judicatura a la luz del modelo italiano

Cristina García Pascual

El acceso a la judicatura en Francia. El primordial rol de la ENM para garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso, la eficiencia en la selección y la calidad de la formación

Iñaki Esparza Leibar

El acceso a la judicatura en Alemania

Walter Perron

Helmut Perron

La selección de jueces en Estados Unidos: la singularidad de un modelo dual y diverso

Rosario Serra Cristóbal

Proponer y nombrar a los jueces británicos. *Lord chancellor* (LC), *Lord chief justice* (LCJ) y la *Judicial Appointments Commission* (JAC)

Rosa María Fernández Riveira

Presentación
¿CÓMO ELEGIR BUENOS JUECES?
HOW TO CHOOSE GOOD JUDGES?

Rosario Serra Cristóbal
Cristina García Pascual

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2023.063>

PRESENTACIÓN. ¿CÓMO ELEGIR BUENOS JUECES?

Rosario Serra Cristóbal
Cristina García Pascual

El dossier de artículos que aquí presentamos gira en torno a la pregunta de cómo deberían formarse y reclutarse los mejores jueces en un Estado de Derecho. No cabe duda de que se trata de un tema crucial, si partimos de que el orden jurídico-político en el que se asienta la democracia no solo necesita buenas leyes y una Administración ágil y garantista, sino también juristas de diferente extracción social capaces de interpretar y aplicar las normas debidamente y de realizar cada una de las complejas actividades que exige la labor de juzgar en las sociedades plurales. Los ciudadanos aspiramos legítimamente a que quienes ejerzan la función jurisdiccional lo hagan con independencia e imparcialidad, pero también con un profundo conocimiento del ordenamiento, con dotes de prudencia, con aptitudes de flexibilidad, con facultades de argumentación jurídica, con capacidad para resolver casos complejos y con habilidades para transmitir al justiciable las razones de su decisión, entre otras aptitudes.

No debe olvidarse, en este sentido, que el contenido de la tutela judicial se presenta a menudo como la cláusula de cierre del entero sistema político, como ese instrumento de garantía final de los derechos que siempre precisa para su concreción del elemento humano, de jueces independientes y responsables —como mandata la Constitución— a los que cabe exigir conocimientos, pero también aptitudes y capacidades.

La cuestión de cómo seleccionar a los mejores jueces y conforme a qué criterios viene discutiéndose desde hace años y ha suscitado un interesante debate, aunque nunca se ha alcanzado un consenso sobre las mejoras que deberían introducirse en el sistema de selección de jueces en España. El hecho es que, a pesar de las grandes transformaciones que desde que se constituyó en democracia ha conocido nuestro país en los ámbitos social económico, político y jurídico por efecto, entre otras razones, de su presencia internacional, por el momento ninguno de estos cambios parece haber afectado lo más mínimo al modo tradicional de reclutamiento de nuestros jueces. Si el sistema español sigue anclado en un inmovilismo ajeno a los tiempos, este monográfico pretende ser un revulsivo para impulsar

de nuevo el debate y mantener vivo el proyecto de una transformación que consideramos necesaria.

Con este impulso se inicia el dossier, encabezado con el análisis que del sistema español realiza Perfecto Andrés Ibáñez, que fue durante muchos años magistrado del Tribunal Supremo. No se trata de una presentación de la cuestión complaciente; la mirada crítica del magistrado ofrece a una buena base para valorar las fallas de nuestro sistema, a la vez que suscita nuestra curiosidad por conocer los métodos de reclutamiento puestos en práctica en otros países que pudieran resultar operativos en el nuestro. Las profesoras de Derecho procesal Elena Martínez y Raquel Borges también repasan el sistema español haciendo hincapié en la cuestión de género y mostrando que en este punto todavía queda un gran trecho por recorrer. Asimismo, el monográfico se detiene en la segunda fase de acceso a la carrera judicial en España, que es la que se lleva a cabo tras el paso por la Escuela Judicial, que, más que una fase de selección judicial, se ha convertido en una fase de formación acelerada. El estudio de esta cuestión corre a cargo de la profesora de Derecho constitucional Miryam Rodríguez-Izquierdo.

Lo que se tuvo claro desde el comienzo en la preparación de este monográfico es que seguramente no hay un solo sistema idóneo para seleccionar buenos profesionales del Derecho o buenos jueces. En no pocas ocasiones, echar una mirada a las fórmulas ensayadas en otros Estados ofrece la posibilidad de repensar nuestro propio sistema. Los diferentes métodos de reclutamiento de jueces dentro de la Unión Europea y fuera de ella ofrecen un abanico de posibilidades que vale la pena analizar de manera crítica siempre en busca de los sistemas que han dado los mejores resultados. El Derecho comparado permite valorar mejor nuestro sistema y a la vez nos suministra modelos a imitar —o desechar— cuando nos planteamos su reforma.

Así, este dossier ha querido incluir la perspectiva del Derecho comparado mediante un recorrido por los sistemas de reclutamiento y primera formación de los jueces de países como Italia, Francia, Alemania, Gran Bretaña y EE. UU.

Con la mirada puesta en las deficiencias de los mecanismos a través de los cuales se accede a la función judicial en España, el artículo de la profesora de Filosofía del Derecho Cristina García Pascual se detiene en el análisis del sistema italiano, un sistema que, como recuerda la autora, ha inspirado instrumentos tan relevantes como la Carta europea sobre el estatuto del juez y otros del Consejo de Europa y que ha despertado, en no pocos momentos, la admiración de los juristas españoles.

El sistema francés, analizado por el profesor de Derecho procesal Iñaki Esparza, ofrece un examen de un modelo de selección de jueces que contiene elementos interesantes y originales, entre ellos un modo de selección más igualitario, y una formación temprana en competencias, habilidades específicas y contenidos a los candidatos a juez, componentes reforzados por la garantía de que el proceso de aprendizaje tendrá valor en sí mismo, es decir, resultará útil incluso para aquellos que finalmente no sean seleccionados.

La formación temprana de los candidatos a juez y la reiteración de pruebas por fases para ir cribando a los mejores son también los objetivos del modelo vigente en Alemania.

El profesor de Derecho Penal Walter Perron, de la Universidad de Freiburg, y Helmut Perron, presidente del Tribunal Penal de Heidelberg, exponen el complejo sistema de selección de jueces en este país, que también es un espejo en el España podría mirarse para para incorporar sus buenas ideas.

Por último, y aunque situados en una tradición jurídica ajena a la nuestra, no podía dejar de reflexionarse también sobre los dos modelos anglosajones de selección de jueces —el inglés y el estadounidense— que, en todo caso, se parecen poco entre sí y son, obviamente, muy diferentes a los modelos europeos antes mencionados. No obstante, la reflexión sobre los criterios a los que ambos países recurren para seleccionar a sus jueces también puede contribuir repensar el modo mediante el que elegimos a los nuestros y conocer la formación con la que ocupan sus primeros destinos. El análisis del sistema inglés ha corrido a cargo de la profesora de Derecho constitucional Rosa María Fernández, y el sistema estadounidense ha sido abordado por la profesora de Derecho constitucional Rosario Serra.

Mirarnos en el espejo de alguno de estos modelos tal vez nos permita extraer alguna reflexión, alguna lección, alguna propuesta para mejorar el sistema de selección de nuestros jueces en pro de un buen ejercicio de la jurisdicción y una más elevada cultura jurídica.

¿QUÉ JUEZ?

WHICH JUDGE?

Perfecto Andrés Ibáñez

Magistrado emérito de la Sala Segunda de lo Penal
del Tribunal Supremo

RESUMEN

El ejercicio de la función judicial, por su carácter cognoscitivo, se justifica y legitima por la calidad de la verdad en la fijación de los hechos y por el rigor en la aplicación del Derecho. Por ello, reclama una adecuada formación de los jueces en ambos planos que, lamentablemente, no es la que propicia el sistema actualmente vigente en España en la materia.

PALABRAS CLAVE

Jurisdicción, selección-formación de los jueces, *quaestio facti*, interpretación, motivación, decisión.

ABSTRACT

The exercise of judicial functions, based on its cognitive nature, is justified and qualified by the quality of the truth in the adjudication of facts and by the rigour in the application of the law. For this reason, it also requires an appropriate judicial training covering both areas. Unfortunately, this is not promoted by the system of judicial recruitment and training currently in place in Spain.

KEY WORDS

Jurisdiction, recruitment and training of judges, *quaestio facti*, interpretation, reasoning, decision.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2023.064>

¿QUÉ JUEZ?

Perfecto Andrés Ibáñez

Magistrado emérito de la Sala Segunda de lo Penal
del Tribunal Supremo

Sumario: 1. Preliminar. 2. El (anti)modelo de juez heredado. 3. El actual estado de cosas en cuestión de formación inicial. 4. El marco y los valores constitucionales de la jurisdicción. 5. Por una selección-formación a la altura de la actual naturaleza de la función. Notas. Bibliografía.

1. PRELIMINAR

Mejor que articular una reflexión en abstracto, será tomar, como punto de partida, una experiencia concreta y abordarla críticamente. En este caso, la del tipo (nada ideal) de juez que ha prevalecido durante más de un siglo en nuestro país (aunque no solo), recibido del Estado liberal, hijo del sistema napoleónico de organización y de su cultura jurídica de soporte, la del positivismo ideológico¹.

Una adecuada comprensión del modelo —que en modo alguno ha perdido toda su vigencia y subsiste, en particular, en los mecanismos propios de *la carrera*, allí y en la medida en que esta funciona— exige prestar atención a los cuatro momentos en los que esencialmente se concreta. A saber, el del acceso al ejercicio de la función, con sus distintas implicaciones; el representado por la modalidad del encuadramiento orgánico de los profesionales; el de su estatus como tales; y, en fin, el constituido por la dimensión cultural en sus dos vertientes: la formación técnico-jurídica y los valores deontológicos promovidos y profesados.

2. EL (ANTI)MODELO DE JUEZ HEREDADO

En una perspectiva histórica, desde mediados del siglo XIX cabe hablar de dos modalidades *en materia de selección* de los profesionales de la judicatura: el de nombramiento discrecional por un ministerio, modelo políticamente muy condicionado que no trataré; y el vigente, de oposición o examen, que finalmente acabaría imponiéndose y sigue vigente. En ambos supuestos siempre ha jugado un previo papel selectivo, de hecho, el filtro de orden socioeconómico e implícitamente político-cultural, determinado por la extracción social,

de clase, de los candidatos, necesariamente licenciados en Derecho. En efecto, pues esto ya implicaría por sí solo el disfrute de un cierto nivel de renta; más aún cuando el acceso comenzó a producirse de un modo generalizada mediante examen, con la correspondiente exigencia de dedicación en exclusiva de un tiempo a su preparación. Sobre este presupuesto de partida incidiría luego otro fenómeno bien constatado e igualmente selectivo: el del carácter en buena medida endogámico de los cuerpos de destino, el judicial y el del Ministerio Público.

Como es bien sabido, en el acceso a la judicatura en España, tiene ya una vigencia más que secular el régimen de oposiciones², sistema basado en el aprendizaje memorístico y el recitado de temas. Se trata de un modelo (del que se tratará con cierto detalle más adelante) que ya mereció la crítica acerba de Beceña (1928: 299 ss.), que se pronunció sobre él en estos términos: «Vive, no por sus virtudes propias, sino a expensas de los defectos de otros sistemas»³.

En lo que hace al *encuadramiento burocrático*, en el modelo a examen, al igual que la organización castrense, la Administración de Justicia es piramidal en su configuración. La posición de cúspide la ocupa un Tribunal Supremo —formado por magistrados (expresivamente llamados *ministros* o *jueces supremos* en algunos países) cooptados políticamente— que actúa como *longa manus* del poder ejecutivo —y, bajo su dependencia, a través de un ministerio— y encarna el máximo rango en el orden jurisdiccional y también en el administrativo, pues tiene asignado el *gobierno* de la judicatura. En el plano inmediatamente inferior de la pirámide se encuentran los órganos (normalmente colegiados) de segunda instancia y, por debajo, los (generalmente unipersonales) de primer grado. Los profesionales de la jurisdicción tienen la condición de funcionarios integrados en un *cur-sus honorum* en el que la progresión implica el incremento del prestigio profesional y social y una significativa mejora salarial. Este hecho imprimirá en ellos un fuerte estímulo, una tensión permanente hacia el ascenso cuyo logro dependerá del grado de adecuación de sus actitudes y actuaciones a los criterios y las expectativas del vértice corporativo, con todo lo que ello implica, particularmente la fuerte inducción al conformismo en la adopción de las decisiones y la dependencia de quien ejerce el control de las expectativas *de carrera*.

Por tanto, como resultado de tal configuración orgánica, la articulación jerárquica del régimen de los recursos se traslada al escalafón. De este modo, la relación que mediaría entre los jueces ubicados en las diferentes instancias al impugnarse una resolución pasa de ser exclusivamente procesal y ocasional a convertirse también en político-administrativa y estatutaria, de supra y subordinación. Ello quiere decir que, en cada recurso, el objeto de conocimiento y eventual censura por parte del juzgador *ad quem* será no solo la sentencia cuestionada, sino también, en medida significativa, su(s) autor(es), con la consiguiente influencia en las materias de promoción⁴ y, eventualmente, disciplinaria⁵.

En el marco organizativo de referencia, el instrumento disciplinario propiamente dicho —por lo general, complementado por otro, regular y capilar, de inspección— goza de especial relevancia como dispositivo de cierre. Es, pues, más idóneo para asegurar, en última instancia, la inserción subordinada de los jueces en lógica del poder en acto, esencial en la

economía política del sistema. Si los filtros —el sociológico o de procedencia, el del examen a que se ha hecho mención, y el fuerte condicionamiento representado por la ubicación en el contexto orgánico con todas sus implicaciones— pudieran experimentar algún fallo como factores de integración subalterna, entraría en funcionamiento el expediente de la disciplina, siempre en régimen de altísima discrecionalidad y ausencia de garantías. Este, según lo acredita la dilatada experiencia del modelo, ha operado esencialmente como mecanismo de control ideológico a partir de la *descripción* de las conductas sancionables en términos de enorme amplitud y ninguna taxatividad⁶.

Curiosamente, la respuesta disciplinaria por las malas prácticas o el incumplimiento de los deberes profesionales, es decir, aquellos que —sin interesar al *decoro* o al *prestigio* corporativos— ocasionaban indudables perjuicios a los justiciables, fue siempre inexistente o sumamente tenue. Al extremo de que, con toda verdad, ha podido denunciarse la existencia de una suerte de pacto no escrito dirigido a garantizar la impunidad de los jueces frente al exterior a cambio de obediencia y sumisión dentro del sistema corporativo. La mejor prueba de ello es la histórica tolerancia con actitudes teñidas de diversas formas de falta de profesionalidad en el trato de los justiciables, en llamativo contraste con la dureza en la respuesta a las actitudes extraprofesionales consideradas *impropias*, producidas, por ejemplo, en terrenos como el de la opinión o en ámbitos de vida privada que carecen de relevancia en el concreto ejercicio de la función.

El *estatus* de tales peculiares empleados públicos de la jurisdicción es sin duda contradictorio, pues, aunque supuestamente funcional al valor de la independencia, resulta objetivamente negado de manera frontal en los entresijos del complejo organizativo.

En efecto, porque, según ha podido verse, la que tendría que ser una ideal relación del juez con la ley⁷, sin mediaciones perturbadoras en la perspectiva del caso, resulta regularmente interferida por factores precisamente dirigidos a condicionarla en el sentido más favorable a las posiciones de poder. De este modo, la proyección social del aparato judicial ha sido, por tradición, claramente selectiva, a tenor de la calidad del destinatario de sus prestaciones: de garantía para los intereses dominantes, y de control social puro y duro para un sector ampliamente mayoritario de la población. Durante un largo periodo (el del Estado monoclase), porque las necesidades y expectativas de aquel carecían del menor reflejo en el ordenamiento. Después, porque los derechos y garantías lenta y trabajosamente acogidos en este bajo el impulso del sufragio universal, se vieron con harta frecuencia en dificultades con los jueces. Tan es así que puede decirse que no hay derecho fundamental que no las haya sufrido.

De otra parte, en aquellos se ha dado siempre una circunstancia que sugiere cierta inclinación en quienes ocupan puestos jerárquico-judiciales a mantener relaciones (siempre *peligrosas*) con los lugares del poder, propensión que, al mismo tiempo, constituye un reflejo de la tendencia a establecer distancias con otros ambientes sociales.

Expresión genuina de esa relación de contigüidad con las instancias de poder político es la notable facilidad de acceso a ellas de los miembros de la judicatura, registrable con frecuencia en distintos países, a través de algún expediente legal *ad hoc* destinado a facilitar

el tránsito, con movimientos de ida y vuelta, y sin pérdida de antigüedad, cuando no con reserva de puesto, en el escalafón de origen⁸. Es lo que ha permitido, y aún permite, la realización de auténticas carreras *judiciales* fuera de la jurisdicción, con el posterior reingreso en esta por la cima. Una recusable práctica que se expresa con admirable plasticidad en un dicho propio de los medios judiciales franceses, pero perfectamente generalizable: «El tiempo dedicado a la jurisdicción es tiempo perdido para la carrera».

Precisamente, el régimen de carrera ha sido y es una inagotable fuente de riesgos para la independencia y la imparcialidad del juez. Lo advirtió paladinamente Battaglia (1962: 24): «Está lejos el tiempo en que los gobernantes, para obtener de los jueces sentencias favorables, se veían constreñidos a ponerlos en prisión. Ahora basta corromperlos; y desde que el juez se ha convertido en funcionario del Estado, no hay medio más eficaz para su corrupción que el consistente en disponer de sus promociones». Y Jean-Marc Varaut⁹ ha venido a introducir un matiz ciertamente relevante en este asunto: «No basta que un magistrado no pueda ser transferido sin su consentimiento; es también necesario que esté a salvo de las debilidades de la ambición legítima», debilidades estimuladas por la articulación jerárquica.

La *dimensión cultural*, en el caso de la magistratura, debe ser objeto de breve consideración en dos vertientes: la estrictamente jurídica, relativa al modo de aplicar y entender el Derecho, y la, ciertamente cargada de implicaciones de carácter ético-deontológico, referida a los valores profesados y a la forma de vivirlos y plasmarlos realmente en las prácticas profesionales.

Situándonos en el primero de los planos aludidos, resulta inevitable partir de la sentenciosa afirmación de Montesquieu (1972: 176) de acuerdo con la cual los jueces son «la boca que pronuncia las palabras de la ley»¹⁰, que fue a encontrar eco en Beccaria (2011: 121), cuestionador de su legitimación para interpretar las leyes «por la misma razón de que no son legisladores». Dos asertos movidos por una actitud claramente prescriptiva, animada en aquel momento histórico por el afán ingenuamente garantista de poner coto al arbitrio incondicionado de los jueces, sobre todo en materia de Derecho criminal. La idea fue teorizada por la escuela de la exégesis, inspirada en el dogma de la plenitud del ordenamiento, razón del deber del juez de mantenerse, *a ras de letra*, en el ámbito estricto del Derecho positivo. Luego, este, concebido *sub specie* de *code*, como instancia neutral, generador para el juez de una obligación moral de obediencia acrítica, sería además completo en sus previsiones y susceptible de una fácil aplicación meramente técnica y, así, espontáneo generador de certeza en el tratamiento jurisdiccional de la conflictividad social objeto de enjuiciamiento.

A esto se añade una prácticamente generalizada concepción banalizadora de la *quaestio facti* en la que esta no existiría como problema. También, en el caso de la jurisdicción penal, debido a un modo de entender la inmediatez que, al producir en el juez esa suerte de «convicción íntima», siempre acertada, contribuiría decisivamente a darle el trabajo hecho en la materia.

En lo relativo a los valores profesados por los jueces, expresión del modelo que se examina, hay que decir que han girado tópicamente, pero solo formalmente, en torno al prin-

cipio de independencia, postulado de un modo netamente ideológico como informador y central. Porque el sistema, que lo celebra con artificiosa y retórica grandilocuencia en las diversas manifestaciones de su ritual, excluye de sus articulaciones, según se ha visto, los presupuestos orgánicos imprescindibles para hacerlo efectivo y, con ello, dificulta sobremanera su práctica. Del *ethos* profesional de aquellos forma parte una tendencial inclinación al autoritarismo en el ejercicio de la función, con particular traducción en la naturaleza monologante de sus actitudes, en el carácter jergal y opaco del lenguaje (que, se diría, está pensado más para ocultar que para arrojar claridad sobre lo tratado), en el sentido autocrático de la libre convicción —abierto al uso de una incontrolada discrecionalidad máxima— y en un entendimiento silogístico del modo de resolver, con natural prolongación en el decisionismo inmotivado presente en las resoluciones. A todo ello cabe añadir el uso extremadamente generoso de la prisión preventiva y, en fin, la obsesividad hacia los centros de poder.

Estas actitudes —como, en general, la forma de integración de los jueces en contextos como los aludidos y el modo de desenvolverse en ellos— están, además, directamente asociadas a la falaz autoconvicción de ser titulares de una función exclusivamente técnica y avalorativa que, por eso, haría posible un ejercicio políticamente *asexuado* como efecto, también, de cierta carismática predisposición a la neutralidad de la que estarían investidos¹¹. Lo razonado acerca de las particularidades organizativas del modelo y de la clase de cultura de que se nutre desmiente con eficacia este tópico. Y, en los innumerables escenarios en que aquel se proyecta, resulta por demás fácil rastrear datos de experiencia sumamente elocuentes, acreditativos de la efectiva integración subordinada de los jueces en la política en acto bajo la ideología de esa supuesta asepsia en la materia.

3. EL ACTUAL ESTADO DE COSAS EN CUESTIÓN DE FORMACIÓN INICIAL

La Constitución de 1978 incorporó un nuevo modelo de jurisdicción y de juez por el reconocimiento del relieve constitucional de la jurisdicción, el reforzamiento de la independencia tanto en el plano *externo* —asociado a la creación del Consejo General del Poder Judicial— como en el orden *interno* —vinculado la relevante atenuación del mecanismo de la *carrera*, al extraer de esta y del ministerio de Justicia todo lo relativo a la gestión del estatuto judicial, atribuyéndoselo al nuevo órgano¹², por la conversión del Tribunal Supremo en instancia meramente jurisdiccional, carente de atribuciones gubernativas y, en general, por la eliminación de la histórica superposición o confusión de la jerarquía administrativa y la procesal propia del sistema de instancias y recursos. De otra parte, la eliminación de cualquier diafragma jerárquico-burocrático en la relación del juez con la ley experimentó asimismo un reforzamiento merced a la introducción de la cuestión de inconstitucionalidad, que impone al primero *ex art.* 163 CE —«planteará»— la lectura crítica de la segunda en el momento de su aplicación¹³.

Pero lo cierto es que, a casi medio siglo de la entrada en vigor del texto fundamental, sus implicaciones en materia de modelo de juez carecen de reflejo efectivo en un asunto tan relevante como el de la selección y la formación inicial, con negativas consecuencias llamadas a proyectarse sobre el posterior desempeño de la actividad jurisdiccional, porque, como escribiera Cordero (1991: 197) cargado de razón: «Los juicios dependen de lo que sabe el juez». En efecto, dado que el viejo sistema de oposiciones conserva toda su vigencia, y sigue concretándose en la necesidad de superar algunas pruebas¹⁴ cuya preparación exige una dedicación de varios años (la media puede estar entre cuatro y cinco) en el mismo régimen de riguroso aislamiento¹⁵. Esta sigue siendo una durísima experiencia personal gestionada por el propio interesado bajo la dirección de un *preparador*, por lo general un juez o fiscal experimentado de su elección, que desempeñará ese papel mediante precio. En lo esencial, su cometido consistirá en escuchar dos veces por semana la exposición de algunos temas —de «cantar» se habla en el argot del medio— cronómetro en mano, ya que el tiempo del examen habrá de distribuirse proporcionalmente entre los cinco que componen cada ejercicio oral.

El desarrollo del programa se concreta en un amplio elenco de nociones-*pildora* debidamente *esterilizadas* en cuanto desprovistas de cualquier apunte no ya crítico, sino incluso de algún nivel doctrinal¹⁶, integradas, esencialmente, por el contenido de los textos legales de cada disciplina, con descarte de todo lo demás y el resultado de una presentación esquemática y atomizada de las distintas instituciones, inmersas en una suerte de inmovilidad atemporal y aporética. Ello es así porque están concebidas para ser asimiladas —o mejor, *almacenadas*¹⁷— memorísticamente mediante una tediosa repetición machacona, imprescindible para fijarlas y poder recitarlas luego de manera mecánica¹⁸. Aunque sería más propio decir *dispararlas*, dada la velocidad en la dicción que impone el tiempo disponible¹⁹, en exámenes presididos, además, por la exigencia de literalidad²⁰, en particular, en la reproducción del Derecho positivo, que, como se ha dicho, constituye el núcleo y lo que realmente se valora de cada una de las materias.

Lo único que ciertamente propicia el sistema es la ejercitación de la memoria²¹. Esto permite dudar, con el mejor fundamento, de que el bagaje así obtenido, por sí solo, y de no mediar un esfuerzo esencialmente personal a cargo del ya juez en ejercicio, pueda conferir la habilitación necesaria para afrontar los problemas propiamente jurídicos en su frecuente complejidad. No digamos ya los de método y de técnica argumentativa que suscita el tratamiento de la *quaestio facti*, por completo ausentes del programa de formación inicial y tampoco bien tratados en la jurisprudencia. Este es un dato de particular relevancia negativa porque refleja una incomprensible indiferencia o ignorancia de la dimensión epistémica del enjuiciamiento. Es algo que, como opción *cultural*, equivale a apostar por un *modelo* de juez que, en gran medida, seguiría siendo el mismo de las leyes decimonónicas, libérrimo decisor *en conciencia* íntima²². En esta clave hay que entender la práctica desatención de asunto tan relevante de la actividad decisoria como la motivación, a la que el programa dedica un quinto de tema en el caso de la sentencia civil y apenas un octavo en el de la penal.

Semejante planteamiento acoge, entre sus raíces, una concepción estrechamente positivista de la actividad jurisdiccional, fundada en la práctica inexistencia del hecho justiciable como fenómeno a reconstruir, según un tópico en el que este —*da mihi factum*— le llegaría al juzgador como por su pie, desde algún lugar en el que tendría supuesta existencia *material*²³. Solo recientemente y, salvo contadas excepciones, no en los medios del Derecho procesal, sino en los de la Teoría y la Filosofía del Derecho, el asunto ha empezado a ser visto con toda su relevancia. Que esta es, ciertamente, bien real, es algo que, a mi juicio, quedaría suficientemente acreditado por el dato de que obras que han marcado un antes y un después en el análisis teórico del modo jurisdiccional de operar, como *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, de Luigi Ferrajoli, y *La prueba de los hechos*, de Michele Taruffo, dedican cientos de páginas al estudio de la dimensión epistémica del enjuiciamiento... y no hablan de Derecho.

A la luz de estas y otras consideraciones que cabría hacer, es de todo punto evidente la necesidad de llenar ese vacío formativo de los jueces, pues el adecuado manejo de las pruebas y sus aportaciones no puede seguir siendo abordado cual si fuera una cuestión de *olfato* librada a la intuición del juzgador; porque para *saber* de hechos y acceder mediante pruebas a un conocimiento empírico de calidad hay un método, el hipotético-deductivo, de ineludible aplicación. Dicho de otro modo, redactar una sentencia, pero también plantear una demanda, poner una denuncia o formular una acusación, son actuaciones que, más allá de sus dimensiones jurídicas, se concretan en el planteamiento de una hipótesis sobre la producción de hechos jurídicamente relevantes que, primero, hay que fijar probatoriamente como tales, antes de hacerlos objeto de la aplicación del Derecho.

Así las cosas, me parece muy preocupante el hecho de que el *Plan docente de formación inicial*²⁴ que rige actualmente en la Escuela Judicial sitúe en el punto de partida de su desarrollo la afirmación de que «[...] las juezas/ces deben poseer un profundo conocimiento sobre las instituciones jurídicas que conforman la base de su trabajo», aserción que da por descontado que «cuando se incorpora[n] a la Escuela Judicial» ya lo tienen, si bien «desde una perspectiva eminentemente teórica»²⁵, que es lo que, se entiende, proporcionaría la asimilación mecánica de nociones de pésima calidad más que cuestionable que nutren las *contestaciones* como respuesta a lo que demanda el programa rector de las oposiciones y la clase de pruebas en las que se concretan.

El resultado ofrece buenos motivos para la preocupación. Obliga a concluir que el tipo de *formación* propiciado por la memorización de contenidos con semejante grado de esquematismo resulta francamente inadecuado a la naturaleza de la función, pues hace que la enseñanza impartida posteriormente en la Escuela Judicial sea, en realidad, de *una práctica desprovista de teoría*, es decir, reductivamente burocrática, en cuanto cifrada, al fin, en la mera transmisión de las rutinas de esta índole propias del oficio en su versión más tradicional y tópica²⁶. En efecto, porque, además, las *nociones* de partida, en materias tan centrales como las fuentes y la interpretación²⁷ cuentan como referente con un tipo de ordenamiento jurídico muy distinto al actualmente en vigor en nuestro país: multinivel, potencialmente conflictual en la interrelación de sus diversos planos normativos, con los

consiguientes efectos en el inevitable incremento de la dificultad de la tarea interpretativa, que no tiene nada que ver con la presupone el programa de referencia.

El asunto de la interpretación judicial de los modernos ordenamientos ha suscitado justificada preocupación y abundante literatura y, gracias a esto, existe una riquísima cultura en la materia, una cultura que no ha penetrado, desde luego, en el programa de oposiciones, ya que en el imaginario que refleja y en la formación de los futuros intérpretes y aplicadores del Derecho que propicia prevalece una visión marcadamente cognoscitivista y formalista, basada en la idea de que el ejercicio de la jurisdicción se resuelve en la simple aplicación de normas preexistentes, ya *listas* para ser *trasladadas* a la práctica con este fin. Esta es la conclusión que se sigue de la llamativa pobreza del espacio y de los enunciados de aquel dedicados a la interpretación²⁸, pero antes, de la del propio modelo de *formación* en Derecho y de jurista que subyace al planteamiento de las pruebas, según los cuales bastará saber de memoria para dar una respuesta adecuada a la infinidad de cuestiones problemáticas que se presentan ante la jurisdicción en busca de respuesta.

A tenor de las precedentes consideraciones, puede muy bien concluirse que la limitación de las facultades que potencia el modo de aprendizaje de *los temas* y la (escasa) calidad del conocimientos que propicia la preparación de los exámenes de acceso, más que a dotar al juez de una formación intelectual y jurídica de calidad, estaría dirigida a generar cierta disposición a la pasividad y a la aceptación acrítica de todo lo que pueda llegarle de una fuente investida de autoridad, a despecho de la naturaleza de los contenidos. Como se ha dicho, esta predisposición difícilmente podría ser luego removida por una docencia como la que autoriza a presumir el planteamiento del programa y se postula en el *Plan de formación inicial*.

4. EL MARCO INSTITUCIONAL Y LOS VALORES CONSTITUCIONALES DE LA JURISDICCIÓN

La actividad de carácter oficial, consistente en lo que coloquialmente se denomina «administrar justicia», se concreta, en la práctica, en la resolución autoritativa de conflictos conforme a Derecho, y deberá ser ejercida con imparcialidad, dado que se trata de una función cognoscitiva que se legitima, precisamente, por la observancia de las reglas y la calidad del conocimiento que brinda soporte a las decisiones.

La complejidad del cometido y la trascendencia social de estas demandan un específico modelo de organización, funcional a la naturaleza y a los valores constitucionales de la jurisdicción, y un sistema de selección-formación de los operadores asimismo adecuado a una y otros.

La función, es obvio, tiene una muy consistente dimensión jurídica, integrada, de un lado, por las reglas de esta índole que disciplinan su propio ejercicio, y, de otro, por las integrantes del ordenamiento aplicable. Además, y debido a que lo que da lugar a la intervención jurisdiccional son conflictos interpersonales de muy distinta índole y acciones

desviadas, lesivas de una gran variedad de bienes jurídicos de naturaleza pública y privada, el juez deberá ser un jurista experto, pero habrá de contar también con una preparación específica que le habilite como *conocedor racional* capaz de obtener un buen saber empírico sobre los hechos litigiosos sometidos a su consideración, ya que, como escribió Murena (2022: 38) hace dos siglos y medio: «La justicia depende de la verdad de los hechos».

En fin, más allá de la observancia de los preceptos sustantivos y procesales que le conciernen, el juez habrá de ajustar sus actuaciones a imperativos ético-deontológicos, que, por la extraordinaria sensibilidad de los intereses con los que opera, reclaman de él una fuerte tensión hacia la excelencia en el *modus operandi*.

La cuestión organizativa plantea problemas que, obviamente, aquí no cabe abordar. Pero sí hay que decir que el modelo asumido debería propiciar las mejores condiciones posibles para que la prestación jurisdiccional pueda llevarse a cabo con efectiva independencia, presupuesto inexcusable de la necesaria imparcialidad, que, aquí, como bien advirtió Norberto Bobbio (1971: 270), juega, en el orden cognoscitivo, idéntico papel que la neutralidad en el caso del científico. En este punto, resulta imprescindible desterrar las posiciones de poder administrativo de unos jueces sobre otros para que sus relaciones sean estrictamente jurisdiccionales. Esto reclama idealmente una forma de articulación horizontal en la que no exista más jerarquía que la propia de la cadena de instancias, que es el ámbito estrictamente jurisdiccional (y no el jerárquico-administrativo, al fin político) del que, en el juego de los recursos, deberá brotar la jurisprudencial coherencia-unidad de criterios.

Para hacer esto posible, será preciso que la gestión del estatuto judicial y, en general, el gobierno de los jueces radiquen en un órgano externo con un estatuto constitucional dotado de la necesaria autonomía²⁹.

Como se ha visto, el sistema tradicional, largamente vigente en los países de la Europa continental y en los de su área de influencia, se ha caracterizado —y, en la medida en que en muchos casos mantiene su vigencia, se caracteriza— por la organización de los jueces *en carrera*, con el efecto perverso de superponer a cada momento jurisdiccional otro político-administrativo. Como consecuencia, en la relación del juez con la ley se interpone un diafragma que no tiene nada que ver con esta y que enturbia una conexión entre jueces que tendría que discurrir limpiamente en el aludido marco jurisdiccional y de Derecho estricto.

En lo que hace a los principios constitucionales de la jurisdicción, es preciso señalar que no viven del aire ni *descienden* sobre los jueces en su plenitud, de una vez por todas, en el acto formal de la investidura del rol. Por el contrario, tienen directamente que ver con el compromiso personal de cada uno de ellos en su asunción. Que ello es así lo acredita la diversidad de sensibilidades apreciables al respecto en los diferentes ejercicios profesionales por parte de sujetos que cuentan esencialmente con el mismo bagaje, operan en el mismo marco normativo y soportan una similar carga de trabajo. Y es que se trata de valores que no se autoalimentan, sino que tienen un imprescindible soporte cultural, que, como tal, debe ser atendido y estimulado primero en la formación inicial y después a lo largo de todo el desarrollo profesional.

En este punto, merece una consideración especial el principio de independencia, dada su centralidad y el grado de dificultad que suele comportar su ejercicio. Y es que encarna un valor —cabe decir, de oposición *por naturaleza*— en cuanto destinado a hacer posibles ejercicios de la jurisdicción con exclusiva sujeción a la ley, como presupuesto institucional de la garantía de los derechos fundamentales, que encarnan espacios de autonomía *erga omnes*. Así las cosas, es claro, el ejercicio independiente de la función judicial reclama un adecuado tratamiento estatutario, pero también una cuidadosa formación específica de los llamados a ejercerla. Entre otras razones, no importa insistir, porque es un valor difícil, que debe ser especialmente tutelado. Giuseppe Borrè (2001: 235) escribió que la exclusiva obediencia a la ley prescribe a los jueces, antes aún que la fidelidad a esta, «la desobediencia a lo que no es la ley», en particular «al passoliniano “palazzo”», es decir, a las sugerencias procedentes de las posiciones y los lugares del poder, sea este formal o informal, político o económico, porque se trata de ambientes donde prevalecen contravalores (como los que rigen el tráfico de las más diversas influencias) abiertamente contrarios a las exigencias de principio de que se trata. Por eso es importante que, con respecto a esta la materia, en los medios de los profesionales de la Justicia se estimule una permanente reflexión colectiva, desde la ética³⁰, acerca de aquellas conductas susceptibles de plantear dudas fundadas sobre su compatibilidad con tales exigencias.

La independencia, entendida como garantía de garantías que, se ha dicho ya, es esencialmente funcional y precondition de la imparcialidad con la que comparte la aludida centralidad en el desempeño de la función. Podría incluso decirse que, al fin, situados ya dentro del proceso, la imparcialidad es el núcleo de los rasgos que deben caracterizar el ejercicio de la jurisdicción. La independencia tampoco le viene dada al juez con la entrega del título o con la imposición de la toga: es un valor que ha de *trabajarse* y que depende directamente del respeto de los derechos de los justiciables en el marco del proceso. Tan es así que puede decirse que no habrá juez imparcial sino allí donde estos estén efectivamente garantizados, de modo que pueda darse una contradicción efectiva ante un juzgador equidistante. Y es que el espacio del proceso y el del juicio no son elásticos, de modo que lo que pudiera ocupar de más una de las partes (normalmente con la activa o pasiva complicidad del juzgador) será de menos para la otra.

La presencia de la imparcialidad se juega, pues, en el marco procesal, pero no solo. También, incluso antes, en la actitud del juez en la relación consigo mismo, con sus propias inclinaciones y los valores profesados, que han de ser necesariamente colocados entre paréntesis para evitar que su influencia pueda sesgar el sentido de las decisiones. Dicho con Foschini (1965: 336): se trata de que aquel realice un positivo esfuerzo para la «tenden[cial] eliminación del *yo* de la *ratio decidendi*» de sus resoluciones.

La independencia y la imparcialidad, junto al resto de los valores informadores del rol, integrarían, por decirlo de algún modo, la *plataforma* desde la que luego tendría lugar el ejercicio profesional propiamente dicho, el consistente en la aplicación de la ley al caso concreto.

5. POR UNA SELECCIÓN-FORMACIÓN A LA ALTURA DE LA ACTUAL NATURALEZA DE LA FUNCIÓN

Hay que plantearse las exigencias propias de una formación realmente habilitante para el ejercicio de la jurisdicción a partir de las consideraciones precedentes. En el más que cuestionable sistema tradicional y vigente, aquella, según se ha visto, aparece integrada por un amplio elenco de nociones que, a pesar del esquematismo extremo y el bajísimo nivel conceptual de las obras de que se nutre, se presume, estarían ya listas para ser aplicadas con el solo complemento de la adquisición de algunas habilidades de orden práctico.

Pues bien, se trata de una clase de *formación* presentada como solución en el discurso institucional, pero en la que, creo, existe un gravísimo problema de planteamiento, dado que el modo de aproximación al ordenamiento es el propio de quien concibe su *aplicación* como una actividad aporoblemática, cuando lo cierto es que, como bien se sabe, el trabajo interpretativo (en ordenamientos multinivel y notablemente complejos como los actuales) tiene un alto grado de complejidad, el propio de una tarea en la que la atribución de significado tiene mucho peso, pues la norma aplicable, por lo general, no está ya *dada* y es, más bien, el resultado que el presupuesto de la interpretación. Algo tan cierto como que la Constitución (art. 163) impone al juzgador («planteará») la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad cuando, como resultado de una lectura crítica de la disposición legal, advierta una posible contradicción sustancial de esta con el texto fundamental³¹, previsión que indica que el modo de relación con este no tiene nada que ver con el propio del juez *fonográfico* al que se ha hecho referencia.

El perfil de la función jurisdiccional resultante de la propia naturaleza del ordenamiento y del tipo de ejercicio de su función que demanda del jurisdicente, exigen a este no ya el *saber* fundado en nociones esclerotizadas y atomizadas que propician las *contestaciones*, sino algo cualitativamente distinto. Dicho brevemente: la alta capacidad de operar con conocimientos de las distintas disciplinas, bien articulados en la imprescindible red conceptual, tejida a partir de una consistente Teoría del Derecho necesaria para propiciar una aproximación competente a las distintas instituciones en su interrelación; esto es, no como figuras fosilizadas, sino como organismos vivos —que es como se presentan en la experiencia— dentro de un sistema. Tal será la única formación jurídica de carácter teórico digna de ese nombre, que nada tiene que ver con la que la preparación del programa de referencia brinda al opositor estándar.

Ahora bien, si la convencional preparación propiamente jurídica está aquejada de las deficiencias reseñadas, hay una dimensión de lo jurisdiccional, la relativa al tratamiento de la cuestión de hecho, en la que el problema no radica en un defecto de planteamiento, sino en la existencia de un riguroso vacío de consideración.

En efecto: la dimensión epistémica del enjuiciamiento (la conciencia de cuya importancia no fue ajena al pensamiento ilustrado), tras dos siglos de vigencia del sentido intimista de la convicción judicial a la que, se supone, llegaría el juez en uso de la intermediación, entendida como una vía de acceso cuasi místico a la verdad fáctica, ha estado rigurosa-

mente desterrada de la formación no solo de los jueces, sino también —o, mejor dicho, antes— de la de los juristas, un déficit que ha tenido efectos demoledores, entre otros, en el plano de la motivación de las decisiones, de imposible justificación en cuanto basadas en impresiones.

Por lo general, los hechos como tales *no están*, ni siquiera en el supuesto de que hubieran existido en algún momento. Por ello, no son susceptibles de constatación y tampoco de recreación experimental. Solo son accesibles por *comprobación*, es decir, mediante la realización de actos idóneos para ofrecer información sobre ellos en un marco presidido por la contradicción, porque es una verdad elemental que la luz surge de la discusión. Esa información habrá de ser debidamente contrastada y tratada según máximas de experiencia de validez acreditada para evaluar su rendimiento.

Todo ello debe estar dirigido a la formación de un cuadro probatorio, una especie de registro de las fuentes de prueba examinadas y del rendimiento de cada una de ellas en elementos de prueba para hacer de estos, primero, objeto de una evaluación analítica, a la que deberá seguir un cruce de toda la información relevante que servirá para confirmar o declarar carente de fundamento a la hipótesis o a las hipótesis en presencia.

Se trata, por tanto, de llevar a cabo una racionalización del tratamiento (de todo) el material probatorio con vistas a una tendencial objetivación del juicio de hecho, que habrá de quedar fijado con el necesario rigor en la sentencia, como punto de partida de la imprescindible motivación. De este modo, la decisión del juez dejará de pertenecer a una suerte de arcano para adquirir la debida transparencia.

Mas no solo, porque, en una perspectiva *ex post*, la motivación de las decisiones se resuelve en la justificación de estas para las partes; pero, en una ineludible perspectiva *ex ante*, requiere la asunción intelectualmente honesta del deber de motivar, que servirá de guía al juzgador para descartar las pulsiones subjetivas de imposible explicación, y lo que le permitirá mantener racionalmente controlado todo el curso de su *iter* decisonal, algo ciertamente esencial, pues, dicho con Iacoviello (2022: 19), «no todo lo que es decidable es motivable».

La disciplina constitucional del proceso, tal y como fue acogida en un primer momento en la Constitución italiana de 1948 y luego asumida en otros textos fundamentales y en distintos instrumentos internacionales, tiene la particularidad implícita de que, al dotar a las garantías procesales del carácter esencial de la condición de derechos fundamentales, no se limita a introducir reformas puntuales en el modo jurisdiccional de operar, sino que realmente postula un distinto modelo de juez.

Esta es una consideración que deberá estar en el punto de partida de cualquier abordaje de los problemas relativos a la formación del bagaje jurídico-cultural de los actuales y futuros administradores de justicia.

Situados en este plano, creo que el esfuerzo institucional a cargo del Estado destinado a cumplir ese cometido, antes de pensar en la selección de los aspirantes al ejercicio de esa función, habrá de ocuparse activa y conscientemente de la selección de formadores, cuestión que que no puede dejarse a la improvisación.

Después, la preparación de los futuros profesionales no puede quedar confiada, en la mayor medida, como es el caso de España, al propio esfuerzo personal en régimen de aislamiento. Por el contrario, habrá de ser interactiva y dialógica³² y, por eso, reclama como sede un centro *ad hoc* con un cuadro docente de alto nivel y plural en el perfil de sus integrantes, así como un proceso formativo de duración no inferior al tiempo que hoy se dedica a la preparación de las oposiciones, centrado en una perspectiva teórica del Derecho digna de ese calificativo, nunca ajena al «Derecho viviente». A este proceso formativo tendría que seguir un periodo de adiestramiento práctico que vaya más allá de la impartición de las manidas rutinas burocráticas. El acceso a ese centro tendrá que estar precedido de alguna prueba selectiva, pero que será más bien de valoración de aptitudes y capacidades, por lo que la preparación debería poder ser relativamente breve, no más allá de la propia de un curso universitario.

Hay países en los que el proceso selectivo comprende también alguna suerte de test psicológico. El procedimiento, quizá sugestivo en una primera impresión, tiene sus riesgos, ya que puede implicar alguna forma de invasión de la intimidad del candidato analizado y porque confiere un poder a quien lo pilota de difícil control, que no estará exento de sesgos en su ejercicio. Diría que, si se trata, como se trata, de evaluar aptitudes para evitar que sujetos con personalidades problemáticas o aquejados de algún tipo de desequilibrios accedan al ejercicio de función tan delicada, nada mejor que la observación cuidadosa a cargo de un plural cuadro de profesores auxiliados por el asesoramiento técnico que en algún momento fuera preciso para la detección de esos perfiles.

Hay un dato de interés sociológico, bien constatable en las carreras judiciales tradicionales, al que la se ha aludido: la exclusiva pertenencia de sus integrantes a estratos sociales de cierto nivel económico y la tendencia a la endogamia. Pues bien, el pluralismo, como valor constitucional de primer rango tiene que estar bien presente en el medio judicial, lo que exige habilitar formas de acceso al alcance de quienes no disfruten de una posición económica desahogada.

NOTAS

1. En el caso de España, es el juez que pasó también por la experiencia de la dictadura franquista, de la que, obviamente, no pudo salir indemne. Pero esto, básicamente, en el plano cultural, porque el régimen organizativo no debió experimentar cambios esenciales por su demostrada funcionalidad a las necesidades de un poder autoritario. Por otra parte, el juez medio no tuvo, como profesional, una implicación directamente política, ya que los puestos en los tribunales de tal carácter se cubrieron con funcionarios judiciales seleccionados *ad hoc* por su perfil. De este asunto me he ocupado con cierto detalle en Andrés Ibáñez (2015: 93 ss.).

2. La Ley Orgánica de Poder Judicial de 1870 previó una vía de acceso directo a la magistratura en las categorías de magistrado de Audiencia y del Tribunal Supremo, por designación libre del Gobierno. Esto dio lugar al llamado «cuarto turno», luego recogido y ampliado por la Ley Adicional a la Orgánica de 1882. Tras distintas vicisitudes producidas a lo largo de los años, que aquí no cabe abordar, actualmente esa vía de acceso a las categorías de magistrado del Tribunal Supremo y de magistrado está abierta a juristas de reconocida competencia (arts. 301,5, 311,1 y 343 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial).

3. Aun sin ser crítico con el sistema, García González (1927: 62) lo calificó de «procedimiento menos malo».

4. Mediante el sistema de «informes reservados» por parte del superior inmediato, de cadencia anual cuyo conjunto constituiría una especie de *currículum*, secreto para el interesado, determinante de sus vicisitudes profesionales. Según el art. 36 del Reglamento de la Inspección de Tribunales de 1953, aquellos debían versar sobre «[...] las condiciones de probidad, inteligencia, laboriosidad, aptitud profesional, tacto, discreción, conducta pública y privada del personal, y muy singularmente respecto a sus dotes de mando, cuando se trate de funcionarios que desempeñen o hayan de desempeñar cargos de esta índole».

5. Se trata de la llamada «responsabilidad disciplinaria jurisdiccional» de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, cuyas correcciones se imponían «de plano» (art. 451). El art. 258 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, aún vigente, extendía ese régimen a la jurisdicción penal. La actual Ley Orgánica del Poder Judicial contiene una sorprendente —y recusable— supervivencia de ese sentido de la disciplina (en el art. 421 a), que atribuye a los presidentes del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia competencia sancionar «a los jueces y magistrados *dependientes* de los mismos» (repárese en el lenguaje: cursiva añadida).

6. El art. 734.5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 (vigente hasta 1985) preveía sanciones disciplinarias para los jueces «[...] cuando por las irregularidades de su conducta moral o por vicios que les hicieren desmerecer en el concepto público, comprometieren el decoro de su ministerio», una previsión similar a la de la italiana Ley sobre Garantías de la Magistratura, de 1946, cuyo art. 18 definía como ilícito disciplinario «[...] la conducta [del magistrado] que le haga desmerecedor de la confianza y la consideración que debe gozar, o que comprometa el prestigio de la magistratura». Por su parte, el art. 224 de la ley española, disponía: «Podrán los jueces ser destituidos: [...] 5.º Cuando por su conducta viciosa, por su comportamiento poco honroso, o por su habitual negligencia, no sean dignos de continuar ejerciendo funciones judiciales».

7. Y es que, en efecto, «[...] a lo largo del siglo XIX y buena parte del XX la actividad judicial que se había querido subordinada al poder legislativo a través del principio de legalidad resulta contrariamente sometida y dirigida por el poder ejecutivo» (García Pascual, 1997: 112).

8. Por todos, el caso, ciertamente paradigmático, de Luis Rodríguez de Miguel, fiscal que tras la victoria militar fue nombrado gobernador civil de Baleares y luego de Guipúzcoa. Fue procurador en Cortes durante varias legislaturas y, asimismo, consejero nacional del Movimiento. Entre 1944 y 1956 fue director general de Correos. Dejó este cargo para ser nombrado subsecretario del ministerio de la Gobernación, siendo ministro el general Camilo Alonso Vega, y permaneció en el cargo hasta 1969. Durante varios años ocupó, igualmente, la presidencia del Congreso de la Unión Postal de las Américas y España. En 1974, Carlos Arias Navarro, nombrado presidente del gobierno tras la muerte del almirante Carrero Blanco, le designó ministro de la Vivienda. En febrero de 1980 fue promovido a fiscal general del Tribunal Supremo (*El País*, 22 de abril de 1982). La Ley de 20 de febrero de 1978, en tiempos de Suárez, dispuso el paso a la excedencia voluntaria de los titulares de funciones judiciales nombrados para «cargo político o de confianza», acabando así con la recusable vieja *puerta giratoria*. Esta fue sorprendentemente recuperada por la mayoría salida de las urnas del 82, en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. Siguieron diversas ampliaciones, hasta la última y más generosa por Ley Orgánica 12/2011, de 22 de septiembre, debida también a una mayoría socialista. En la ocasión, prácticamente, una ley *ad personam*, con efectos retroactivos (VV. AA., 2011: 150-151).

9. Citado por Lazerges (2010: 26).

10. En la versión citada no se habla de «boca» sino de «instrumento».

11. Para De Miguel Garcilópez (1963: 266), el ingreso en la carrera judicial «[...] imprime al seleccionado [una] a modo de unción carismática, el indispensable y santo orgullo, válido para toda la vida oficial».

12. Por desgracia, la ejecutoria de este como garante de la independencia judicial, desde la propia independencia, no ha podido ser más lamentable. En efecto, entregado de hecho a la partitocracia por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, ha acabado siendo verdadero rehén de uno de estos, el Partido Popular, con su negativa golpista a renovar el mandato que tendría que haber cesado en 2018. Al respecto, *vid.* Andrés Ibáñez (2021a: 75 ss.).

13. Es uno de los pilares de la independencia *interna*. En efecto, pues, como ha escrito Bruti Liberati (2018: 61): «Solo un magistrado independiente, libre de un sofocante control jerárquico, puede poner en discusión las leyes».

14. En concreto, las pruebas son tres. Una primera, a realizar en dos horas y cuarenta y cinco minutos, consistente en dar respuesta por escrito a un cuestionario-test compuesto de cien preguntas (de constitucional, civil, penal y procesal), con cuatro alternativas de las cuales solo una es válida. Una segunda, oral, de exposición en sesenta minutos de cinco temas (uno de constitucional, dos de civil y dos de penal). Y una tercera de exposición también de cinco temas, igualmente en sesenta minutos (dos de procesal civil, uno de procesal penal, uno de mercantil y uno de administrativo o laboral).

15. Es por lo que sigue teniendo sustancial validez la «sentencia» de Ríos Sarmiento (1956: 15) dirigida al neo-opositor: «Encerrado en casa sin salir más que a misa los domingos y demás fiestas de guardar, hasta nueva orden».

16. Los manuales redactados específicamente para la preparación de las oposiciones se conocen como *contestaciones*, denominación que se corresponde bien con el estilo casi *catequístico* y el esquematismo y ausencia de rigor de las respuestas a las preguntas del programa. Para ilustrar esta afirmación bastará una referencia a lo que, en las *contestaciones*, masivamente utilizadas que giran bajo el acrónimo CARPERI, se dice en materia tan decisiva para el ejercicio de la función jurisdiccional como la probatoria. De la prueba, se afirma que está destinada a formar «la convicción psicológica del juez», es decir, a generar una especie de *pálpito* intimista, *un algo* que le ocurriría a este en el contacto con los elementos del cuadro probatorio, de cuya elaboración, análisis y evaluación ni siquiera se habla. En efecto, la apreciación de la prueba (relativa al proceso civil) se resume en una mera alusión a la «valoración en conciencia» como alternativa al sistema de prueba tasada. Para concluir, literalmente: «La jurisprudencia sostiene que las pruebas deben valorarse de forma integrada y conjunta, poniendo a cada una en relación con las demás, en lugar de realizar un análisis descompuesto y fraccionado de los diferentes indicios». En otro lugar se lee: «El sistema de libre valoración implica que el juez valorará la prueba según su criterio, pero sin que ello implique una valoración arbitraria o inmotivada, sino que deberá basarse en las reglas de la sana crítica». Como es de ver, vaguedades infraculturales y con una pésima redacción como vehículo.

17. La expresión es de Beceña (1928: 312).

18. Ninguna descripción mejor de este método que la ofrecida por Oliet y Serena (1948: 5): «La oposición es sustancial e inevitablemente, por tanto, la ejecución en el acto del examen de los “discos” previamente impresionados en el cerebro del opositor con arreglo al programa». Ya antes Gómez Morán (1939: 79) se había servido, críticamente, de la misma metáfora: «El opositor [...] al leer en la papeleta *tema 37*, debe traducir directamente *disco 37*» y «[...] no precisa ya otra cosa que aguardar a que las palabras vayan saliendo».

19. Beceña (1928: 313) habló, también expresivamente, de «[...] ejercicio de velocidad y nada más».

20. Ocurre que la falta de literalidad puede ser motivo bastante para que el presidente de la comisión examinadora invite al examinando a levantarse de la silla. Precisamente, para el control de esa *calidad*, es

lo más frecuente que los componentes de aquella sigan la exposición de los temas con los códigos o las contestaciones de la materia abiertos sobre la mesa.

21. Cuando Montaigne tenía ya clara conciencia de que «[...] saber de memoria no es saber» (1985: 187), lo que le hacía ser crítico con esos modos de asimilación que «[...] llena[n] la memoria mas [dejan] totalmente hueco el juicio» (1985: 191). Un criterio que parece concebido teniendo como referencia el sistema de oposiciones.

22. De «soberanía» y de «imperio» del juzgador de instancia sigue hablándose, hoy todavía, en la Justicia penal para describir la posición del juzgador de primer grado ante la cuestión de hecho y justificar que el tratamiento de esta no pueda ser revisado en vía de recurso por quien no habría disfrutado del «privilegio» de la inmediatez.

23. En el ámbito procesal penal, del que, desde luego, en el plano teórico, había sido desterrada con el proceso inquisitivo, la «verdad material» ha conocido recientemente una insólita rehabilitación en la obra de Laudan, que ha acuñado incluso la impactante categoría de sujetos «materialmente culpables» (2013: 295), para referirse a los que *lo serían* en virtud de una conclusión, al parecer, dotada de *certeza* obtenida informalmente, al margen de las reglas, mediante un impreciso, peligroso procedimiento de comprobación extraprocesal; me he ocupado, críticamente, de este asunto en Andrés Ibáñez (2021*b*).

24. Publicado por el Consejo General del Poder Judicial para el curso de la Escuela Judicial de 2022-2023.

25. *Ibid.*: 25. Con anterioridad se ha hecho hincapié en que en el periodo formativo ha de prevalecer «una perspectiva eminentemente práctica»; puesto que «[...] en una Escuela Judicial ya no se trata tanto de transmitir conocimientos como, sobre todo, de aplicarlos, desarrollando las necesarias competencias y habilidades» (*Ibid.*: 18). Dando por descontado, por cierto, con patente falta de fundamento, que esos conocimientos teóricos son los que proporciona el programa en vigor, a partir de textos de tanta precariedad conceptual como los aludidos.

26. Para una reciente apología del sistema de selección-formación inicial de los jueces en nuestro país, carente de sustento argumental, puede verse Gómez Garrido (2020: 251-252).

27. El tema dedicado a las primeras articula en los siguientes epígrafes: «Las fuentes del derecho. La costumbre. Los principios generales del derecho. La jurisprudencia. La Jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea». El relativo a la segunda, en los cinco siguientes: «Teoría de la interpretación: las diferentes concepciones. La aplicación e interpretación de las normas jurídicas. La integración del principio de igualdad y el enfoque de género como informador del ordenamiento jurídico en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. La aplicación analógica. La equidad». Como es de ver, el tratamiento de asuntos tan relevantes no puede ser más convencional, más esquemático ni más *plano*, sin contar con que, metodológicamente, se encuentra ubicado dentro de la disciplina Derecho civil y tiene destinados doce minutos de exposición.

28. El tema dedicado a la interpretación de la ley, en general, integrado dentro de los de Derecho civil, acoge los siguientes contenidos: «Teoría de la interpretación: las diferentes concepciones. La aplicación e interpretación de las normas jurídicas. La integración del principio de igualdad y el enfoque de género como informador del ordenamiento jurídico en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. La aplicación analógica. La equidad».

29. Es la idea, afortunada en su planteamiento, a la que responde la creación del Consejo Superior de la Magistratura introducida por la Constitución italiana de 1948, de la que lo tomó la española de 1978 al incorporar el Consejo General del Poder Judicial, que, lamentablemente, en la experiencia española, puede decirse que es hoy una institución fallida (Andrés Ibáñez, 2021*a*).

30. La aproximación deontológica al tratamiento de los deberes profesionales del juez ha adquirido en un tiempo reciente notable importancia. En la actualidad, existen distintos textos de referencia, producidos en diferentes ámbitos, y no son pocos los países en los que ya funcionan comisiones encargadas de tratar e informar sobre cuestiones problemáticas susceptibles de plantearse en esa perspectiva, que, obviamente, no tiene nada que ver con la disciplinaria. En la materia, pueden verse: Salas y Épineuse (2003); VV. AA. (2009); Atienza (2001: 151 ss.); y Andrés Ibáñez (2015: 353 ss.).

31. De ahí lo acertado de la observación de Prieto Sanchís (2003: 170) en el sentido de que «[...] la justicia constitucional verdaderamente indispensable no es la del Tribunal Constitucional, sino la de la jurisdicción ordinaria».

32. En realidad, y en contra de lo que suele afirmarse, no es que la preparación del programa de oposiciones propicie una formación *solo teórica*. Es que el exclusivo ejercicio de la memoria, en régimen de aislamiento, durante los años de la preparación, dedicados, además, a la asimilación de contenidos de la falta de rigor teórico que se ha dicho, más que auténtica formación produce una efectiva *deformación* intelectual. Todo un lastre no fácil de superar y que no podrá dejar de ser condicionante de la calidad del ejercicio de la función.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (2015): *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Madrid: Trotta.
- (2021a): «El Consejo: la institución devastada», *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 100, 75-88.
 - (2021b): «Juzgar es cuestión de método. En un marco de derechos fundamentales sustantivos y procesales», *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 102, 83-100.
- ATIENZA, Manuel (2001): *Cuestiones judiciales*, México: Fontamara.
- BATTAGLIA, Achille (1962): *I giudici e la politica*, Bari: Laterza.
- BECCARIA, Cesare (2011): *De los delitos y de las penas*, edición bilingüe al cuidado de P. Andrés Ibáñez, trad. F. Laplaza, texto italiano fijado por G. Francioni, prólogo de P. Calamandrei, Madrid: Trotta.
- BECEÑA, Francisco (1928): *Magistratura y justicia. Notas para el estudio de los problemas fundamentales de la organización judicial*, Madrid: Librería de Victoriano Suárez.
- BOBBIO, Norberto (1971): «Quale giustizia, quale legge, quale giudice», *Quale giustizia*, 8, 268-274.
- BORRÈ, Giuseppe (2001): «Le scelte di Magistratura Democratica», en L. Pepino (ed.), *Leresia di Magistratura Democratica. Viaggio negli scritti di Giuseppe Borrè*, Milán: Franco Angeli.
- BRUTI LIBERATI, Edmondo (2018): *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Bari-Roma: Laterza.
- CORDERO, Franco (1991): *Procedura penale*, Milán: Giuffrè.
- DE MIGUEL GARCILÓPEZ, Adolfo (1963): «Ley penal y Ministerio Público en el Estado de Derecho», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 16, 252-272.
- FOSCHINI, Gaetano (1965): *Sistema del diritto processuale penale I*, Milán: Giuffrè.
- GARCÍA GONZÁLEZ, Adolfo (1927): *Bases para una organización completa del Poder Judicial en España*, San Sebastián: Tipografía Gráfica Vasca.
- GARCÍA PASCUAL, Cristina (1997): *Legitimidad democrática y poder judicial*, prólogo de P. Andrés Ibáñez, Valencia: Edicions Alfons el Magnanim.
- GÓMEZ GARRIDO, Luisa María (2020): *Independencia judicial: el espacio de la discreción*, Barcelona: Atelier.
- GÓMEZ MORÁN, Luis (1939): *La justicia por dentro*, Oviedo: F. E. T.
- IACOVIELLO, Francesco M. (2022): *La motivación de la sentencia penal y su control en Casación*, traducción y presentación de P. Andrés Ibáñez, Lima: Palestra.

- LAUDAN, Larry (2013): *Verdad, error y proceso penal*, trad. C. Vázquez y E. Aguilera, Madrid: Marcial Pons.
- LAZERGES, Christine (2010): «Indipendenza della magistratura e separazione dei poteri in Francia», en A.A. Cervati y M. Volpi (eds.), *Magistratura e Consiglio Superiore in Francia e in Italia*, Turín: Giapichelli.
- MONTAIGNE, Michel (1985): *Ensayos, I*, edición de M.D. Picazo y A. Montojo, Madrid: Cátedra.
- MONTESQUIEU (1972): *Del espíritu de las leyes*, trad. M. Blázquez y P. de Vega, prólogo de E. Tierno Galván, Madrid: Tecnos.
- MURENA, Massimiliano (2022): *Tratado sobre las obligaciones del juez*, trad. C. Cladera, prólogo de P. Andrés Ibáñez, Madrid: Trotta.
- OLIET, Blas y Cecilio SERENA (1948): *Apuntes sobre organización de los Tribunales españoles*, Huesca: Imprenta Provincial.
- PRIETO SANCHIS, Luis (2003): *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid: Trotta.
- RÍOS SARMIENTO, Juan (1956): *Recuerdos de un magistrado español*, Barcelona: Editorial Juventud.
- SALAS, Denise y Harold ÉPINEUSE (2003): *L'éthique du juge: une approche européenne et internationale*, prólogo de Gilbert Azibert, París: Dalloz.
- VV. AA. (2009): *Ética judicial: reflexiones desde Jueces para la Democracia*, Madrid: Fundación Antonio Carretero.
- VV. AA. (2011): «Aquella “excedencia [tan] especial”», *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 72, 150-151.

Fecha de recepción: 1 de febrero de 2023.

Fecha de aceptación: 21 de abril de 2023.

EL ACCESO A LA CARRERA JUDICIAL DE ACUERDO CON LA
LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL ESPAÑOLA*
ACCESS INTO THE JUDICIARY POWER IN ORGANIC
LAW OF THE SPANISH JUDICIARY

Elena Martínez García

*Catedrática de Derecho procesal
Universitat de València*

Raquel Borges Blázquez

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho procesal
Universitat de València*

«Sois, pues, un poder en la Constitución del Estado. Sois también una gran fuerza en la vida social. Como poder público, sois la garantía de todos los derechos. Como fuerza social, dais eficacia a todos los deberes. Como poder, corre a vuestro cargo la integridad de la Constitución y de las leyes. Como fuerza social, respondéis ante la conciencia del estado moral de la Nación»

(Montero Ríos, 1872: 6)

«Hoy no se puede ser juez sin ser feminista»

(Lucía Avilés, 2022)

RESUMEN

Este trabajo trata de ofrecer una visión amplia y omnicomprensiva del acceso a la carrera judicial española. A tal efecto, ahondaremos en los principios que rigen el acceso a la función pública. Una vez analizados los principios de mérito, capacidad e igualdad, damos un paso más allá y los enmarcaremos en la realidad social actual. Solamente mediante este ejercicio de contextualización podremos comprender el verdadero alcance de aquellos principios y valorar si la igualdad tanto en el acceso como en el plan de carrera es real o si, por el contrario, se dan discriminaciones de partida que deben ser suplidas por el legislador. Finalizamos el trabajo con una reflexión relativa a los modos de acceso y el temario que deben estudiar los aspirantes.

PALABRAS CLAVE

Judicatura, igualdad, mérito, capacidad, pruebas de acceso.

ABSTRACT

This paper aims to offer a broad and all-encompassing vision of access to the Spanish judiciary power. To do so, we will delve into the principles governing access to the civil service. Having studied the principles of merit, capacity, and equality, we go a step further and contextualise them in the current social reality. Only by contextualizing them will we be able to understand the true scope of the principles and assess whether equality both in access and in the career plan is real. We conclude the paper with a reflection on the methods of access and the syllabus to be studied by applicants.

KEY WORDS

Judiciary, equality, merit, ability, admission tests.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2023.065>

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto PID 2021-1231700B-I00, «Claves para una justicia digital y algorítmica con perspectiva de género».

EL ACCESO A LA CARRERA JUDICIAL DE ACUERDO CON LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL ESPAÑOLA

Elena Martínez García

Catedrática de Derecho procesal
Universitat de València

Raquel Borges Blázquez

Profesora Ayudante Doctora de Derecho procesal
Universitat de València

Sumario: 1. Introducción y contextualización de la función jurisdiccional. 2. El ingreso en la carrera judicial: reflexiones a propósito del artículo 301 LOPJ. 2.1 Mérito, capacidad e igualdad para un acceso objetivo y transparente a la función pública. 2.2 Mérito y capacidad: especial referencia a las vacantes para ser cubiertas por personas con discapacidad. 2.3 Garantías de acceso: objetividad, transparencia e igualdad en el acceso? 3. Las pruebas de acceso. 3.1 Forma unitaria de acceso para dos cuerpos diferentes: ¿Judicatura o Fiscalía? 3.2 Formas de acceso. 3.2.1 Oposición libre. 3.2.2 Concurso de méritos. 3.2.3 Designación por el CGPJ. 3.2.4. Elección ciudadana para ser juez de paz. 3.2.5. Sorteo para ser miembro del Tribunal del Jurado. 4. Plan de igualdad. 5. Breves consideraciones a propósito del temario de las pruebas selectivas. 6. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN Y CONTEXTUALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

De acuerdo con el artículo 117.3 de la Constitución Española (CE)¹, la función jurisdiccional consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. A tal fin, nuestra Constitución estableció que los jueces y magistrados tendrán un estatuto orgánico que garantice su independencia e imparcialidad, a saber, la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) aprobada en 1985. Esas normas garantizan a jueces y juezas su condición de poder independiente

en el ejercicio de su función frente a las injerencias de los otros poderes del Estado y de sus superiores jerárquicos. En este sentido, el acceso a la función jurisdiccional es una garantía básica y muy relevante de independencia e imparcialidad.

En nuestro país, el acceso a la carrera judicial está regulado en los artículos 301 y siguientes de la LOPJ, y se basa en los principios de mérito y capacidad para el ejercicio de la función jurisdiccional. Además, el proceso de selección debe garantizar con objetividad y transparencia el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades, en este caso, en el acceso de toda la ciudadanía, tal y como establece el artículo 301 LOPJ². Dado que este es un tema importante vinculado al principio igualdad material, y no solo a la legislación, más adelante procederemos a valorar críticamente cómo se engarzan dichos principios y garantías en el marco social actual. Para ello, haremos referencia a diversas desigualdades de partida, entre ellas las discapacidades, y los condicionantes de clase, etnia o género.

Los retos a los que se enfrenta la Justicia en el siglo XXI invitan a repensar la finalidad y motivación del ejercicio de la función jurisdiccional y a plantear si el modelo de acceso a la carrera judicial es el más adecuado o si, tal vez, requiere conocimientos adicionales, competencias diferentes e incluso de un modelo de acceso distinto, tal y como se verá en este volumen monográfico. Por tanto, los conocimientos para el acceso a la carrera y para la promoción de jueces y juezas debieran estar informados por una perspectiva que les ayude a la contextualización de la función jurisdiccional desde la perspectiva ecosocial y de género³, tal y como establece Naciones Unidas en la agenda 2030, aprobada el 25 de septiembre de 2015⁴. La pregunta que debemos hacernos es dónde quedan aquí, en este nuevo contexto, los derechos fundamentales y cómo protegerlos en esta nueva realidad. ¿Estamos preparando a nuestras nuevas promociones de juzgadores para enfrentarse a esta realidad compleja, cambiante, en la que el legislador va siempre por detrás de la realidad y nuestra judicatura se encontrará con la obligación de *non liquet*?

2. EL INGRESO EN LA CARRERA JUDICIAL: REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL ARTÍCULO 301 LOPJ

Siguiendo el artículo 301.3 y 4 LOPJ, la forma más común de ingreso en la carrera judicial y fiscal es la superación de una oposición libre y un curso teórico/práctico de selección. La convocatoria deberá llevarse a cabo como mínimo cada dos años y, desde 1998, se realiza de forma anual⁵, excepción hecha del año 2012, ejercicio en el que, debido a la crisis económica que atravesó el país, no hubo convocatoria. Además, el año siguiente únicamente se convocaron 50 plazas, muy por debajo de las 400 de los años anteriores. Desde entonces y hasta hoy, todos los años ha habido convocatorias, aunque con diferencias considerables en el número de plazas. Desde 2014 hasta 2017 únicamente se convocaron 100 plazas anuales, cifra que se triplicó en 2018.

En este apartado desgranaremos los diversos apartados del artículo 301 LOPJ⁶. Respecto del primer apartado, analizaremos las discapacidades y la necesidad de crear una

sociedad más inclusiva en la que una discapacidad de partida no impida el acceso a puestos de poder ni de la función pública. En el segundo apartado reflexionaremos sobre el proceso de selección que debe garantizar la objetividad, la transparencia y la igualdad en el acceso. Pero antes quisiéramos ofrecer una visión conjunta de la igualdad, el mérito y la capacidad en la función pública, así como de la objetividad y transparencia en el acceso como garantías de acceso a un poder del Estado, el poder judicial.

2.1. MÉRITO, CAPACIDAD E IGUALDAD PARA UN ACCESO OBJETIVO Y TRANSPARENTE A LA FUNCIÓN PÚBLICA

Estos principios son enunciados en diversos textos internacionales, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)⁷. Si descendemos a la legislación nacional, los encontramos en el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) donde el legislador ordinario desarrolla los artículos 23.2 CE⁸ —que reconoce a los ciudadanos el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas— y 103.3 CE⁹ —que dispone que una ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, así como su acceso «de acuerdo con el mérito y la capacidad».

Los textos nacionales e internacionales plasman los tres principios que desarrolla también el artículo 301 LOPJ: mérito, capacidad e igualdad. La cuestión es que, dependiendo del modo en que entendamos el concepto de «igualdad de oportunidades», el mérito y la capacidad pueden sufrir ligeras variaciones, como la obligación de reserva de un 5 % de las plazas de aspirantes a judicatura para personas con discapacidad del 33 % o superior (301.8 LOPJ). Compartimos con García García (2008: 132-133) la idea de que solo es posible comprender los artículos 23.2 CE y 103.3 CE si los dos preceptos son interpretados y aplicados conjuntamente. Además, junto a estos criterios el EBEP recoge otros principios aplicables al proceso de selección, a saber, la transparencia, la imparcialidad y la profesionalidad de aquellos miembros que forman los órganos de selección, así como la adecuación del contenido de los procesos selectivos y la objetividad. Pero, continúa la autora, el mérito y la capacidad son los únicos que dan contenido al principio de igualdad «[...] y así el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de señalar que el principio de igualdad se rompe cuando se tienen en cuenta otros valores en el acceso a la función pública distintos de los anteriores, como pueden ser las situaciones de desempleo, las cargas familiares u otros familiares» (García García, 2008: 133)¹⁰.

Sin embargo, una interpretación del artículo 14¹¹ de nuestra Constitución en conexión con el artículo 3.1 del Código Civil (CC) obliga a repensar estas sentencias. Aunque este artículo ya estaba en vigor cuando nuestro TC interpretó el mérito y la capacidad en abstracto, sin tener en cuenta desigualdades de partida que, inevitablemente, dificultaban el acceso al empleo público, la realidad social ha cambiado. En el caso de las oposiciones a judicatura, la forma óptima para su preparación es el estudio único y exclusivo del temario durante una media de 4-5 años. En una sociedad ideal, todos los individuos que quisieran optar por la carrera judicial deberían disponer metafóricamente de su *habitación propia*¹², metáfora con la que Virginia Woolf reclamaba un espacio para aquellos/as que quisieran

ser novelistas y, particularmente, para las mujeres, es decir, una habitación donde aislarse del mundo exterior y medios económicos para mantenerse durante la preparación. Esto mismo necesita la persona opositora a judicatura, pero las desigualdades materiales de partida existentes en nuestra sociedad hacen que no todas las economías domésticas puedan permitírselo.

Una interpretación conjunta del artículo 14 y los arts. el 9.2 CE¹³ y 3.1 CC¹⁴ solo puede llevarnos a concluir que el mérito y la capacidad no pueden ser valorados sin tener en cuenta las desigualdades existentes porque, como afirma Michael Sandel, «[...] el primer problema de la meritocracia es que las oportunidades en realidad no son iguales para todos»¹⁵.

La sociedad actual reclama una mayor inclusión de diversos colectivos y demanda al legislador que aplique el 14 junto con 9.2 CE para incluir otros parámetros que, en cierto modo, afectan al mérito y a la capacidad. Son los poderes públicos los que deben remover los obstáculos que dificulten la igualdad de oportunidades de los individuos y, consiguientemente, el mérito y la capacidad no pueden ser estudiados como compartimentos estancos. Una desventaja de partida debe poder ser suplida. No en vano, el artículo 3.1 CC dispone que las normas deben interpretarse de acuerdo con la realidad social. Y aunque es cierto que la inclusión de otros valores acabaría con el mérito y la capacidad en el acceso en sentido estricto, la sociedad actual, mucho más inclusiva que la de hace casi 25 años, ha renunciado en cierto modo al mérito y la capacidad —como criterios exclusivos y excluyentes— y ha incorporado diversas medidas de acción positiva para construir una judicatura más plural y representativa del sentir de la sociedad en su conjunto, como veremos en los próximos apartados. La cuestión es si este principio de igualdad de oportunidades debería ser integrado de manera más profunda. Sin desmerecer los avances en la materia, a lo largo del trabajo expondremos datos y estudios que demuestran que la igualdad de oportunidades no ha sido completa, dado que existen múltiples desigualdades de partida que resultan complicadas de corregir si se mantiene el método de acceso a la función pública actual, consideración particularmente pertinente en lo que hace a la desigualdad económica, que es la que, a nuestro juicio, tiene mayor peso y desequilibra la balanza.

El resto de los principios aplicables al proceso selectivo dotan a la judicatura de la independencia necesaria para el adecuado cumplimiento del mandato del del 117.3 CE y legitiman el mantenimiento del sistema de oposición actual pues «[...] el mantenimiento de la oposición memorística tradicional ha sido posible gracias a la fuerte implantación de la idea de que la oposición es el mejor (o el menos malo) de los sistemas posibles»¹⁶. Hablamos de la objetividad y la transparencia en el acceso.

La Real Academia Española de la Lengua (RAE) define la objetividad en estos términos: «Principio complementario al de imparcialidad que exige actuar atendiendo a criterios objetivos, es decir, relacionados con el objeto sometido a consideración y nunca con los sujetos interesados ni con el sentir personal de quien actúa». Tomando como punto de partida esta definición, deviene necesario comprender qué es un criterio objetivo. Esta palabra es definida en su primera acepción como sigue: «Pertenciente o relativo al objeto en sí mismo, con independencia de la propia manera de pensar o de sentir». García Costa observa

que no son muchos los estudios doctrinales sobre la objetividad y la imparcialidad que se reclaman a la Administración y apunta como posibles razones de este déficit «el carácter intuitivo» de las definiciones y la problemática que conlleva precisar el alcance exacto de la objetividad (García Costa, 2011: 22). Parejo Alfonso define la objetividad como «[...] lo contrario a la parcialidad, y, especialmente, la parcialidad propia del partidismo político y de intereses económicos y, en general, sociales concretos distintos de los definidos como generales. De ahí justamente la previsión constitucional de la regulación por ley de las garantías para la imparcialidad de los funcionarios públicos, es decir, de los principales medios personales de la Administración en el ejercicio de sus funciones» (Parejo Alfonso, 1989: 2). Además, resulta más sencillo definir la objetividad en términos negativos, es decir, haciendo referencia a aquello que no debiera permitirse (García Costa, 2011: 25).

Con respecto a la transparencia, la RAE la define en su primera acepción como «cualidad de transparente». De nuevo, es necesario abundar en el significado de la palabra «transparente», que en la cuarta acepción se define en estos términos: «Claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad». Nuestro Tribunal Supremo ha reiterado en numerosas ocasiones que la transparencia es necesaria para garantizar la efectividad de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público. Entre otras, STS de 20 de octubre de 2014 declara que «[...] ese principio de publicidad en su formulación más genérica está ligado a otros mandatos constitucionales como lo son el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución y el principio de objetividad que para toda actuación de la Administración pública dispone el artículo 103.1 del propio texto constitucional. Y por eso mismo conlleva, entre otras cosas, tanto la necesidad de que toda actuación administrativa sea transparente en los hechos, criterios y razones que determinen sus decisiones, pues solo así es posible el control que demanda el derecho a la tutela judicial efectiva; como también que esos criterios estén establecidos con anterioridad a su finalización cuando de procedimientos competitivos se trate, porque de esta manera es como queda conjurado con las debidas garantías el riesgo del favoritismo individual (contrario al principio de objetividad) que se producirá si los criterios de valoración de los aspirantes fuesen definidos una vez realizadas esas pruebas competitivas».

La objetividad y la transparencia son, así, conceptos que deben entenderse y estudiarse conjuntamente porque, como indica el Tribunal Supremo, la transparencia evita el riesgo de favoritismo, ya que obliga a los tribunales a ser objetivos en sus criterios de valoración de sus aspirantes y que podrán ser controlados por medio de la publicidad, garantía de la transparencia. Objetividad, neutralidad, transparencia y publicidad deben, por tanto, ser los principios rectores en el acceso a la función pública. Más adelante veremos cómo se garantizan en el acceso a la judicatura en sus diferentes formas.

2.2. MÉRITO Y CAPACIDAD EN EL ACCESO A LA JUDICATURA: LAS VACANTES CUBIERTAS POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Rodríguez Villalbona sostiene que «[...] es en el contexto de los procesos de acceso al empleo público que el concepto de meritocracia muestra su mejor cara. El ejercicio de la

autoridad se legitima cuando quien ocupa el cargo correspondiente lo hace porque tiene más talentos, más capacidades, más conocimientos y más idoneidad técnica. Estos son los factores que los modelos meritocráticos pretenden medir, y por eso están asociados a los concursos conformados por diferentes tipos de pruebas y exámenes. Sin embargo, lo que es más difícil es que puedan tener en cuenta las condiciones en las cuales llegan los aspirantes a presentar estas pruebas y exámenes» (Rodríguez Villalbona, 2019: 5). Precisamente, para tener en cuenta estas situaciones nuestro legislador ha incorporado, entre otras, el cupo que debe ser cubierto por personas con discapacidad que superen las pruebas selectivas y que, además, puedan acreditar que su discapacidad no afectará de manera sustancial al desempeño de sus funciones aplicando conjuntamente los artículos 14 y 9.2 CE.

Respecto del mérito y de la capacidad, quisiéramos realizar un análisis conjunto de los apartados sexto y octavo del artículo 301 LOPJ¹⁷. Así, el apartado sexto dispone que para acceder a la carrera judicial se exige no estar incurso en ninguna causa que incapacite o imposibilite el acceso, y que se reservará como mínimo el 5 % de las vacantes para ser cubiertas por personas con una discapacidad igual o superior al 33 % con la condición de que superen las pruebas selectivas y pueda acreditarse que su discapacidad no resulta incompatible con las funciones que debe desempeñar. Su ingreso se inspira en la *igualdad de oportunidades, no discriminación y compensación de desventajas*. Además, una vez superado el proceso de selección, deben realizarse las adaptaciones o los ajustes que razonablemente adapten las necesidades de las personas con discapacidad al entorno laboral donde vayan a desempeñar sus funciones.

En el mismo sentido, el artículo 5 de la Ley General de Discapacidad (LGD)¹⁸ sitúa el ámbito del empleo entre aquellos en los que deben adoptarse «medidas específicas para garantizar la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad»¹⁹ y dispone que, para ello, deberán realizarse los ajustes que razonablemente sean necesarios de acuerdo con lo indicado en el apartado m) del artículo 2 de la citada ley²⁰.

Desde las Administraciones públicas se está haciendo un gran esfuerzo porque la discapacidad no constituya un problema —o, peor aún, una discriminación— en el acceso al empleo. A este respecto, nos gustaría hacer referencia al caso de Héctor Melero Martí, primera persona ciega que en 2020 aprobó las oposiciones a las carreras judicial y fiscal. Natural de Cullera (Valencia), Melero estudió derecho en Valladolid y pudo acceder a las oposiciones a jueces y fiscales porque ya en mayo de 2014 el CGPJ aprobó un acuerdo en el que permitía que las personas ciegas ejerciesen como jueces en caso de superar el proceso selectivo. «El acuerdo, adoptado por unanimidad por la Comisión Permanente del órgano de gobierno de los jueces, señalaba que, en caso de aprobar las oposiciones, debería procederse a realizar las adaptaciones oportunas en su puesto de trabajo. El CGPJ dispone para ello de los mecanismos normativos necesarios que, de hecho, vienen aplicándose habitualmente para otros supuestos de discapacidad, permanente o temporal, por la Sección de Prevención de Riesgos Laborales [...]». El informe sostenía que los medios de prueba «que exijan la utilización del sentido de la vista de un modo insustituible» son excepcionales y agregaba que «en la actualidad existen instrumentos tecnológicos que hacen fácilmente accesible cualquier documento a las personas invidentes»²¹.

Finalmente, Héctor Melero se decidió por la carrera fiscal²² siguiendo los pasos de su preparador²³. Volviendo a la carrera judicial, la diligencia y/o prueba (dependiendo de la fase procesal en que nos encontremos) que, por excelencia, requiere del sentido de la vista es la de «inspección ocular», si bien en estos casos podría recurrirse al auxilio judicial para, como indica el articulado, realizar los ajustes y adaptaciones necesarios al puesto de trabajo. Respecto del resto de diligencias y/o pruebas, el propio Héctor señaló que, al ser invidente desde su nacimiento, también el «ve» aquellos matices y sutilezas que podría ver el juzgador en los movimientos de la persona al tomarle declaración, pero con otros sentidos: «Como nunca he visto, sé detectar en la voz el estado de una persona, y también, probablemente, la mentira»²⁴.

Es más, el propio aspirante reconoce los avances que ha hecho la Administración los últimos años. Treinta y un años antes, Mariano Ruiz, invidente, se presentó a las oposiciones a fiscal y aprobó el primer examen, pero antes de pasar la segunda prueba fue apartado del proceso por razón de su discapacidad²⁵. 26 años después, la consulta que realizó Gabriel Pérez Castellanos determinó que, aunque existen fuentes de prueba que solo son apreciables mediante la vista, esta circunstancia no puede ser motivo suficiente para denegar el acceso a la carrera, pues la Administración debe adoptar los mecanismos necesarios para que estas desigualdades de partida no supongan una discriminación en el acceso al empleo.

En relación con el número de jueces/as que acceden a la carrera a través del cupo, el CGPJ no facilita estadísticas. Si acudimos al último informe sobre la estructura de la carrera judicial, fechado el 1 de enero de 2022²⁶, encontramos la distribución porcentual por sexo, por edad, por el modo de acceso a la carrera y por comunidades, pero no hay ninguna referencia específica a la cuestión de discapacidad. Para obtener datos al respecto, es preciso recurrir a estudios doctrinales sobre la materia²⁷, a los acuerdos del CGPJ y a las entrevistas realizadas a jueces/as con discapacidad que se han prestado a contar su historia de vida. En este sentido, se ha dicho que «[...] por el momento, conocer los datos exactos de cuántos jueces con discapacidad hay en España no es posible, porque el CGPJ no tiene acceso a cuántos jueces o magistrados adquieren una discapacidad con el paso de los años tras haber iniciado su carrera, al tiempo que se trata de una información privada y totalmente personal» (Martínez Menayo, 2022: 220). Pero, continúa el mismo autor, «[...] según la información recabada a partir de los datos recopilados por el CGPJ y solicitados para la realización de esta investigación, entre 2004 y 2019 han aprobado la oposición de libre acceso a la carrera fiscal y judicial 3.154 personas en España, de las que únicamente 23 lo han hecho por el turno reservado para personas con discapacidad igual o superior al 33 %» (*Ibid.*: 220).

2.3. GARANTÍAS DE ACCESO: OBJETIVIDAD, TRANSPARENCIA E IGUALDAD EN EL ACCESO?

La superación del examen de acceso exige una media de cuatro años de preparación para superar tres pruebas que serán valoradas de acuerdo con los principios de objetividad y transparencia, así como con el de igualdad en el acceso. Boix Palop y Soriano Arnanz se

muestran muy críticos con este sistema de acceso, ya que no consideran que la preparación conduzca a la meritocracia²⁸.

La introducción de un primer examen tipo test para realizar el cribado garantiza, sin duda, la objetividad de la prueba pues asegura que solo aquellos que, efectivamente, conocen todo el temario serán los que cantarán los temas y reduce, en cierto modo, el azar o la suerte que eventualmente puedan beneficiar al aspirante. La transparencia queda garantizada de dos formas: 1) publicando la prueba y sus respuestas y 2) realizando los exámenes públicamente para que cualquiera que esté interesado/a pueda tener conocimiento del modo de evaluar a los/as distintos aspirantes. Además, la meritocracia a la que hemos hecho referencia trata de garantizar la igualdad en sentido amplio (Rodríguez Villalbona, 2019: 5). La objetividad y la transparencia serán abordadas con mayor profundidad en el apartado de acceso a la carrera judicial por turno libre, con respecto al cual es necesaria la explicación del examen de acceso.

Debemos cuestionarnos si, en la sociedad actual, la objetividad y transparencia van de la mano de la igualdad en el acceso. Como es sabido, el artículo 9.2 CE dispone: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

La realidad social choca con las loables aspiraciones del artículo 301 LOPJ: la judicatura tiene género —como se verá en los próximos apartados—, pero también tiene clase. No todos los aspirantes pueden estudiar cuatro años más después de terminar la carrera porque no todas las economías domésticas pueden permitírselo. Actualmente, disponemos de un sistema de becas para el acceso, pero la cuestión es si son efectivas.

Consciente de esta situación, el legislador indica en la Orden JUS/377/2022 de 27 de abril, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas económicas para la preparación de oposiciones para el ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal, en el Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia y en el Cuerpo de Abogados del Estado, que, con el objetivo de hacer reales los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso de la ciudadanía a la función pública, el mandato del artículo 9.2 CE obliga a los poderes públicos a remover los obstáculos que impiden su consecución. Así, a través de la concesión de becas para la preparación de oposiciones, se busca que esta igualdad sea real y, sobre todo, efectiva. Al respecto, el legislador agrega: «La concesión de las becas vendrá determinada, en gran medida, por el nivel de renta de las personas solicitantes, con la finalidad de atraer talento hacia las profesiones jurídicas indicadas, eliminando barreras socioeconómicas que afecten a los principios de igualdad, mérito y capacidad, y limiten el acceso a estos cuerpos».

La dotación para el año 2022 fue la siguiente: 1.143.880,00 euros (173 becas para la preparación de oposiciones a las carreras judicial y fiscal), con un importe individual de 6611 euros anuales (550,90 euros mensuales)²⁹, siendo el coste medio de la preparación de unos 300 euros mensuales³⁰. Estas becas tienen una periodicidad anual, pero no se aprecia

impedimento en solicitarla diversos periodos consecutivos. De hecho, entre los requisitos que se valoran positivamente para su concesión se encuentran, en sus apartados d) y e), la superación de ejercicios en la última convocatoria de los procesos selectivos de referencia y la condición de beneficiario de una de estas becas en convocatorias anteriores en los términos que se indiquen. También las comunidades autónomas han querido sumarse a un sistema de becas muy similar al estatal, con cifras de éxito bastante bajas, como puede observarse en la resolución de la Generalitat Valenciana³¹. También, el legislador ha querido incluir a las víctimas de violencia de género y de terrorismo con independencia de su renta, del mismo modo que hace en otros preceptos como puede ser en el acceso a la asistencia jurídica gratuita.

El mayor problema para que esta acción tenga el efecto que el legislador buscó lo encontramos en los requisitos que se solicitan a los beneficiarios, en concreto, el cuarto:

«4. Estudiar la oposición bajo la dirección de un centro especializado, o de uno o varios preparadores o preparadoras. Se considerará centro especializado aquel que se dedique públicamente a la preparación de las oposiciones a las que se dirigen estas becas, y preparadores, quienes dirijan el proceso de preparación, no sean familiares directos en primer grado, por consanguineidad ni afinidad de la persona solicitante, y sean miembros de la carrera judicial o fiscal, del cuerpo de letrados de la Administración de Justicia o del cuerpo de abogados del Estado, o bien juristas cuya trayectoria profesional les haga solventes para llevar a cabo esta actividad».

En la justificación de la actividad se solicita, entre otros requisitos, una documentación económica que justifique la preparación³². En este sentido, observamos la progresiva proliferación de academias de preparación para jueces y fiscales, un formato que hace unos años no tenía tanta acogida en este tipo de oposiciones y sí en otras de corte más práctico como las de técnicos de Hacienda, administradores civiles del Estado, secretarios, interventores de la Administración Local... en las que, además del examen teórico, los aspirantes deben enfrentarse a una prueba de carácter práctico.

Igualmente, van apareciendo iniciativas solidarias en pro de la igualdad material de oportunidades para aquellas personas que no tienen recursos y no han podido acceder a las becas. Por ejemplo, una bolsa de preparadores/as que acompañan en su andadura de manera completamente gratuita a aquellos que no pueden costear su preparación y ofrecen, así, una respuesta que el sistema no está dando para «[...] conseguir una carrera judicial plural y con garantías de acceso a todos los ciudadanos y ciudadanas con independencia de su situación económica»³³. Es esta una iniciativa de carácter nacional de Juezas y Jueces para la Democracia y la UPF (Unión Progresista de Fiscales) en la que los requisitos de acceso resultan más laxos que en el sistema de becas nacional y comunitario³⁴. En el mismo sentido, el Colegio Notarial de Cataluña «pone a disposición de los opositores, sin coste alguno», el acceso al temario actualizado, los notarios que les asesoran y realizan el seguimiento de la preparación y una biblioteca jurídica con su propia sala de estudio. Respecto de los/as preparadores/as, señala: «Todos los preparadores de la Academia son notarios en ejercicio que, voluntariamente y sin ninguna retribución, dedican unas horas semanales a la preparación de opositores a notarías»³⁵. A pesar de que ambas iniciativas son muy loables, no deberían

depender solo de la buena voluntad de aquellas personas que deciden ofrecer su tiempo y sus conocimientos a coste cero a fin de que su profesión sea más inclusiva.

Sin desmerecer el encomiable intento del legislador de garantizar la igualdad en el acceso, consideramos que el requisito de clase no puede corregirse con estas becas. El necesario apoyo económico por parte del núcleo familiar comporta que la carrera judicial está conformada por un colectivo mayoritariamente conservador y, como mínimo, bien posicionado cuyos integrantes están, muchas veces, alejado de la realidad práctica cuando empiezan a trabajar. ¿Cómo valorar la dificultad inherente del acceso al empleo de una etnia si nunca hemos vivido una discriminación así?, ¿qué hacer con una custodia de un menor de edad donde la balanza tiene que inclinarse hacia un progenitor que ofrece mucho tiempo con el/la menor pero poca estabilidad económica y otro que ofrece mayor estabilidad, pero muy poco tiempo para los cuidados? Esta situación de ventaja «de partida» se da en la gran mayoría de oposiciones grupo A, y es tal vez más llamativa en el caso de la judicatura por las decisiones a las que deben enfrentarse sus miembros. A este respecto, podemos valorar positivamente el curso como toma de contacto con la realidad práctica antes de disponer de su propio juzgado, así como los diversos esfuerzos que viene haciendo el CGPJ en la formación de los jueces para que sean capaces de identificar y reconocer discriminaciones. No obstante, tal y como indicaba Saiz Arnaiz hace ya 15 años, la reforma en el sistema de selección requeriría de «[...] un amplio debate social, académico, político y entre las asociaciones de jueces y magistrados [...] inexistente y que no parece figurar en la agenda de los próximos años» (Saiz Arnaiz, 2007: 42).

3. LAS PRUEBAS DE ACCESO

En este apartado expondremos en qué consisten las pruebas de acceso a la carrera judicial y fiscal, así como los diversos modos de acceder a la carrera judicial.

3.1. FORMA UNITARIA DE ACCESO PARA DOS CUERPOS DIFERENTES: ¿JUDICATURA O FISCALÍA?

Aunque con anterioridad las oposiciones a judicaturas, fiscalía y a letrados de la Administración de Justicia habían sido oposiciones diferenciadas, pero con temarios muy similares, desde 2001 las oposiciones a judicatura y fiscalía se realizan de manera conjunta para evitar el elevado número de vacantes en la judicatura, unificando el proceso selectivo en fase de oposición con las mismas pruebas y tribunales. Finalizada la oposición, el/la aspirante decidirá, en función de su nota, si quiere incorporarse a la carrera judicial o a la carrera fiscal y realizará el correspondiente curso formativo en la Escuela Judicial en Barcelona —para jueces/as— o en el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia en Madrid —para fiscales³⁶.

3.2. FORMAS DE ACCESO

Siguiendo a Esparza Leibar, podemos afirmar que la LOPJ y la LO del Tribunal del Jurado prevén cinco formas de acceso (oposición libre, concurso de méritos, designación por el CGPJ, elección ciudadana y sorteo) en la carrera judicial. La oposición libre es la modalidad que constituye no solo la base de la organización, sino también la más numerosa. En los tres primeros casos se produce un ingreso en la judicatura, mientras que en los dos últimos se accede a la jurisdicción de forma temporal (jueces de paz) o puntual (Tribunal del Jurado) (Esparza Leibar, 2022: 155-157).

3.2.1. Oposición libre

El artículo 301.3 LOPJ dispone: «El ingreso en la carrera judicial por la categoría de juez se producirá mediante la superación de oposición libre y de un curso teórico y práctico de selección realizado en la Escuela Judicial». Es este el sistema básico de ingreso y el más numeroso. En palabras de Escudero Moratalla, se trata del «[...] sistema menos ineficiente de acceso a la carrera judicial porque garantiza mejor que ningún otro la igualdad en el acceso a la carrera judicial. El problema es que se necesitan al menos tres o cuatro años para estar preparado y además es costoso (preparación y tiempo invertido). Por ello es preciso potenciar aún más el sistema de becas y otras medidas que faciliten a todos el acceso a la preparación» (Escudero Moratalla, 2021).

Finalizada la carrera de Derecho (previamente licenciatura, actualmente grado), se inicia la andadura del/a opositor/a a judicatura. El artículo 302 LOPJ establece los requisitos para presentarse a la oposición en estos términos: «Para concurrir a la oposición libre de acceso a la Escuela Judicial se requiere ser español, mayor de edad y licenciado en Derecho, así como no estar incurso en alguna de las causas de incapacidad que establece la ley». Estas previsiones deben ser complementadas con las del 303 LOPJ: «Están incapacitados para el ingreso en la Carrera Judicial los impedidos física o psíquicamente para la función judicial³⁷; los condenados por delito doloso mientras no hayan obtenido la rehabilitación; los procesados o inculpados por delito doloso en tanto no sean absueltos o se dicte auto de sobreseimiento, y los que no estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles».

El procedimiento requerirá la superación de tres ejercicios. Diversas fuentes señalan que, en la actualidad, el/la aspirante invierte una media de cinco años para aprobar, estudiando entre 8 y 10 horas diarias de lunes a sábado, sin ingresos ni vacaciones³⁸. Es, pues, un duro camino en el que la constancia y la fuerza de voluntad deberán imponerse a los miedos e inseguridades ante un futuro incierto que hace que no todo el alumnado pueda (resulta prácticamente incompatible con un trabajo) o quiera acometer la preparación de la oposición.

Cuando el/la aspirante a judicatura comienza el procedimiento, debe saber que, en caso de superar todos los exámenes, tardará una media de tres años en disponer de su propio juzgado³⁹. La primera fase durará un año y la conforman tres ejercicios teóricos. La segunda fase, ya en la Escuela Judicial, dura aproximadamente dos años.

La primera fase está formada por tres ejercicios. El primero, un test eliminatorio que garantiza la objetividad, ya que únicamente podrán pasar al sistema de cantes aquellos aspirantes que demuestren un manejo del temario completo. El test dura 2 horas y 45 minutos y consta de 100 preguntas sobre las materias de Derecho constitucional (10), Derecho civil (40) y penal (30) sustantivo y Derecho civil y penal procesal (20, de las cuales 13 son de proceso civil y 7 de proceso penal). La propia página del CGPJ cuelga el histórico de convocatorias para facilitar así la preparación de la prueba y dotarla de transparencia.

Superado el test, el aspirante se enfrentará a dos exposiciones orales (o cantes) de una hora cada una y en audiencia pública para garantizar la transparencia. La primera consta de cinco temas —uno de constitucional, dos de civil sustantivo y dos de penal sustantivo. La segunda está compuesta por otros cinco temas —dos de procesal civil, uno de procesal penal, uno de mercantil y uno de administrativo o laboral—. Considerando el tiempo del que dispone el aspirante, no podrá dedicarle más de 15 minutos a cada uno de los temas.

Aquellos aspirantes que superen esta primera fase teórica y memorística acceden, en una segunda fase, a la Escuela Judicial, en la que su formación que se divide de nuevo en tres periodos. El artículo 307.1 LOPJ dispone: «La Escuela Judicial, configurada como centro de selección y formación de jueces y magistrados dependiente del Consejo General del Poder Judicial, tendrá como objeto proporcionar una preparación integral, especializada y de alta calidad a los miembros de la carrera judicial, así como a los aspirantes a ingresar en ella» y continúa en el siguiente numeral: «El curso de selección incluirá necesariamente: un programa teórico de formación multidisciplinar, un período de prácticas tuteladas en diferentes órganos de todos los órdenes jurisdiccionales y un período en el que los jueces y juezas en prácticas desempeñarán funciones de sustitución y refuerzo. Solamente la superación de cada uno de ellos posibilitará el acceso al siguiente».

Trascurridos los primeros doce meses, deberán superar un curso teórico-práctico en la Escuela Judicial, sita en Barcelona. El último año de preparación se divide en dos nuevos periodos. El primero es una fase de prácticas (aproximadamente de seis meses) en la que realizarán funciones de auxilio y colaboración con los titulares de los órganos judiciales, que deberán tutorizarlos. En el último periodo (aproximadamente de cinco meses) se dedicarán a tareas de sustitución y refuerzo en órganos judiciales, pero esta vez ya con idéntica potestad que los titulares.

En la primera fase, la objetividad está garantizada porque se basa en una tarea memorística, mecanismo no exento de críticas. Actualmente resulta imposible estudiar todo el ordenamiento jurídico debido a los acelerados cambios que experimenta, si bien la judicatura dispone de bases de datos y de acceso a la legislación actualizada en todo momento. Tampoco el legislador español de los últimos años ayuda, dado que el populismo punitivo y las múltiples reformas legislativas ralentizan el aprendizaje memorístico del/la opositor/a, que debe actualizar y modificar el temario continuamente. Muchas veces la ley va por detrás de la realidad social y, en determinados sectores, queda obsoleta al poco tiempo de nacer. Sin intención de desmerecer el sistema de acceso actual, la nueva realidad social invita a que nos planteemos si el sistema sigue teniendo sentido o si, en cambio, podría dotarse a las oposiciones de un talante más práctico donde los/as aspirantes deban, desde el primer

momento, contextualizar e integrar la norma en un mundo cambiante y adaptarla a la realidad social (artículo 3 CC). Además, podría valorarse la posibilidad de incluir temario de sociología, psicología, criminología y ética para la realización de un posible dictamen práctico de aplicación de las leyes al caso concreto donde, por un lado, demuestren conocer la legislación y, por otro, una correcta adaptación al caso concreto.

En el mismo sentido y más crítico con el sistema de selección, Cancio Fernández observa que «[...] un sistema de oposiciones como el actual está condenado al fracaso en el medio plazo cuando, al mismo tiempo, las tendencias docentes y educativas del siglo XXI (erradas o no, esta es otra cuestión) se orientan claramente a la priorización de elementos como la personalización, la igualdad, la colaboración, la comunicación, el aprendizaje no memorista y las relaciones comunitarias como habilidades imprescindibles en una sociedad globalizada y en constante transformación. Pretender que un candidato se enfrente a un ejercicio esencialmente retentivo de más de trescientos temas que ignoran en gran medida las tendencias científicas y dogmáticas del Derecho actual, en un ecosistema preparatorio de aislamiento más propio de un anacoreta, y todo ello después de haber sido educado en un proyecto didáctico, social y tecnológico radicalmente opuesto al ludismo jurídico que se le va a exigir, es como si a un atleta entrenado durante años para los 60 metros vallas, se le inscribe finalmente en la maratón. Fracasarán, se frustrará y así, llegará el día en que la brecha entre el bagaje vital y académico del aspirante y la configuración de la prueba de acceso sea tan abisal, tan ayuna de la imprescindible koiné, que no tendremos quien nos juzgue, nos acuse, nos proteja, nos asesore, nos registre o nos dispense fe pública en esta vida» (Cancio Fernández, 2022: 284). De nuevo, Boix Palop y Soriano Arnanz son muy críticos con el acceso memorístico al empleo público⁴⁰.

Esta reflexión enlaza precisamente con la segunda parte formativa, en la que deberán demostrar que son capaces de poner en práctica los conocimientos memorizados durante la primera. Es posible suspenderla y se permite repetir la formación teórico-práctica (artículo 309 LOPJ).

En el acto de apertura de los tribunales de 1872, Montero Ríos declaró: «Sois inamovibles. Pero entendedlo bien: sois inamovibles en vuestro cargo porque sois responsables de vuestros actos» (Montero Ríos, 1872: 9). Y no le faltaba razón: la objetividad que pretende el sistema actual busca garantizar la independencia judicial necesaria para juzgar en conciencia y aplicar el Derecho de una forma justa, acorde con la Constitución, las leyes, los principios generales del Derecho, la realidad social en la que debe ser aplicado (artículo 3.1 CC), ampliamente marcada por los acuerdos internacionales de los que España forma parte. El acceso a la función pública de la forma más meritocrática que, hasta ahora, hemos encontrado hace que la independencia y la sumisión exclusiva de los juzgadores a la ley sean refrendadas por la garantía de la inamovilidad reconocida en nuestra CE⁴¹. Pero, como advierte el propio articulado de la LOPJ, la inamovilidad no es absoluta, ya que podrían ser separados (artículo 379 ss. LOPJ) o suspendidos (art. 383 LOPJ) por las causas tasadas en la ley. En el discurso al que se ha hecho referencia arriba, Montero Ríos apeló a la responsabilidad individual en estos términos: «Si queréis, pues, conservar la inamovilidad, velad vosotros mismos incesantemente por el cumplimiento de la responsabilidad judicial,

anticipándoos al ciudadano, que podrá ejercer la acción popular que la Constitución le reconoce. No sacrificuéis el porvenir de la institución ante las conveniencias del individuo, porque tanto más se arraigará en el país la preciosa garantía que hoy disfrutáis, cuanto más severos seáis en el cumplimiento de vuestros deberes. Una magistratura es tanto más inamovible cuanto es más responsable» (Montero Ríos, 1872: 10).

3.2.2. Concurso de méritos

El concurso de méritos está regulado en el artículo 311.1.IV LOPJ. A través del mismo se busca «captar talento» ajeno en una cuarta parte de las plazas de la categoría de magistrado⁴². Estos profesionales entrarían en el segundo escalafón de la carrera judicial tras haber acreditado una serie de méritos y después de superar un curso de formación en la Escuela Judicial (301.5 LOPJ). Estos profesionales pueden ser profesores de universidad, abogados, funcionarios de otros cuerpos... El proceso selectivo constará de cuatro partes⁴³:

- i) una primera valoración de méritos basada en la documentación aportada por el aspirante;
- ii) una segunda fase en la que elaborarán un dictamen escrito que deberán leer en audiencia pública;
- iii) una tercera parte compuesta por una entrevista personal donde se debatan los méritos del candidato y quede acreditado que dispone de la formación jurídica y la capacidad necesarias para ingresar en la escuela judicial; y
- iv) una cuarto periodo formativo teórico-práctico que consta de una primera fase de estancia la Escuela Judicial y una segunda fase en órganos jurisdiccionales del orden jurisdiccional donde tomará posesión.

Si no superase alguna de las fases, el aspirante repetirá el curso en su totalidad, y dispondrá de un total de dos intentos.

Para garantizar la transparencia y la objetividad, los acuerdos a través de los cuales se convocan los procesos selectivos indicarán qué méritos serán evaluables y en qué medida. Además, los dictámenes de años anteriores son públicos y pueden encontrarse en la propia página del CGPJ⁴⁴.

No quisiéramos finalizar este apartado sin comentar el último apartado, que prevé que aquellas comunidades autónomas con idioma cooficial y/o Derecho civil propio dispondrán de provisiones específicas. Este último apartado sitúa en la balanza el derecho del ciudadano a comunicarse en la lengua que decida de entre las dos que sean cooficiales en su comunidad; y la búsqueda del mérito y la capacidad mediante la elección de los y las mejores. En una oposición nacional *a priori* no cabría restringir por requisito idiomático. Ahora bien, dado que esta es una vía supletoria de entrada, el legislador ha considerado que sí que puede evaluarse el conocimiento del idioma y del Derecho civil propio para valorar la adecuación al puesto del candidato.

3.2.3. Designación por el CGPJ

Siguiendo a Esparza Leibar, restan dos sistemas de acceso que no pueden calificarse como concurso de méritos, pero que tampoco son nombramientos discrecionales, ya que exigen una fundamentación en la elección de candidatos para:

- i)* las Salas de lo Civil y Penal de TSJ, dado que una de cada tres plazas de magistrado se cubre con un jurista incluido en ternas presentadas por la asamblea legislativa de cada comunidad autónoma con profesionales de reconocido prestigio y más de 10 años de ejercicio profesional (artículos 330.4 y 331 LOPJ);
- ii)* las Salas del TS donde una de cada cinco plazas se provee por el CGPJ entre abogados y juristas de reconocido prestigio con más de quince años de antigüedad (artículos 343, 345 y 347 LOPJ); y
- iii)* el nombramiento de los 2 magistrados del TC a propuesta del CGPJ, tal como dispone el artículo 159 CE (Esparza Leibar, 2022: 156).

Finalizadas las tres formas de acceso que traen consigo el ingreso en la judicatura, trataremos brevemente dos formas que implican acceso a la jurisdicción de forma temporal como juez/a de paz o de forma puntual como jurado de un caso concreto.

3.2.4. Elección ciudadana para ser juez de paz

Está regulada en el artículo 101 LOPJ⁴⁵, referido a los jueces y las juezas de paz. Estos son nombrados por un período de cuatro años. Aunque el nombramiento se lleva a cabo por la sala de gobierno del TSJ de la comunidad correspondiente, han sido previamente elegidos por el Pleno del Ayuntamiento. Son órganos unipersonales que operan allá donde no existen juzgados de primera instancia e instrucción y asumen competencias «de menor importancia» en los órdenes civil y penal. Además, «[...] ofrecen un servicio relevante en materia de cooperación judicial al facilitar la comunicación de los demás órganos judiciales con los ciudadanos residentes en los municipios donde el Juzgado de Paz tiene su sede»⁴⁶.

Respecto de este segundo servicio, nos gustaría resaltar brevemente el proyecto lanzado por la Generalitat Valenciana (Conselleria de Justicia, Interior y Administración pública) en el área de Reformas democráticas y acceso a la Justicia: JUSTIPROP —implantado en los Juzgados de Paz de municipios de más de 7000 habitantes— como servicio para la orientación, el asesoramiento y la información jurídica de proximidad. La propia justificación del proyecto señala que las oficinas de orientación y asesoramiento previo no suelen existir en municipios de menor población que, aunque tengan juzgados de paz con potestad jurisdiccional de acuerdo con los artículos 26, 99 y siguientes de la LOPJ y son figuras que denotan arraigo y proximidad con la ciudadanía por su modo de elección, carecen de formación jurídica, ya que la «[...] orientación previa junto con la función de conciliación de los Juzgados de Paz son un instrumento necesario para evitar la judicialización de los conflictos»⁴⁷ y reducir la sobre carga del sistema judicial.

3.2.5. Sorteo para ser miembro del Tribunal del Jurado

Con el objetivo de acercar la Justicia a la ciudadanía y hacerla partícipe de su impar-tición, disponemos del Tribunal del Jurado, con anclaje constitucional reconocido en el artículo 125 CE⁴⁸.

La LO 5/1995 del Tribunal del Jurado señala en su exposición de motivos que, a pesar de que tuvimos una tradición juradista en el pasado, el Jurado fue suprimido con la llegada de la Guerra Civil: «Se retoma por tanto un instrumento de indiscutible raigambre liberal, y se hace desde el dato indiscutible de que, desde el primer esbozo de 1820 hasta su suspen-sión en el año de 1936, pocas instituciones jurídicas han padecido —y, por tanto, han sido enriquecidas— con una depuración crítica tan acentuada como el Tribunal del Jurado, lo que ha permitido extraer la masa ingente de datos sueltos, experiencias y precedentes que han facilitado la captación íntegra de la Institución».

Los mayores problemas que presenta la institución del Tribunal del Jurado son los si-guientes: 1) la falta de arraigo social que requeriría la institución, carencia que se refleja; en el hecho que la mayoría de las personas escogidas para ser juradistas intentan excusarse y 2) la dificultad reconocer y calificar correctamente algunos de los delitos que se han asignado al Tribunal del jurado. Para muestra, un botón: entre los delitos de su competencia el artí-culo 1 de la LO 1/1995 establece que se encuentran los «d) Delitos de omisión del deber de socorro», ilícitos en los que el jurado deberá ser capaz de decidir sobre la imputación de una condena basada en un no hacer.

4. PLAN DE IGUALDAD EN LA CARRERA JUDICIAL: EL ACCESO A LA CARRERA JUDICIAL

El acceso a la carrera judicial viene marcado también por el Plan de Igualdad del CGPJ. El texto del Plan de Igualdad aprobado el 16 de diciembre de 2021 (BOE 15 de noviembre 2021) señala: «El acceso a la carrera judicial no debería mostrar desequilibrios significativos en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, al regirse por los prin-cipios de capacidad, mérito e igualdad. No obstante, es necesario analizar tanto en el turno libre como en el turno por concurso-oposición los siguientes aspectos»:

- Sexo de los/as aspirantes.
- Sexo de la composición del tribunal de oposiciones.
- Sexo de los/as candidatos que han superado el proceso selectivo para el acceso a la carrera judicial.
- Examen del temario a fin de garantizar el cumplimiento de la normativa vigente en materia de igualdad y del principio de transversalidad.
- Inclusión en el Plan Docente de la Escuela Judicial el estudio en profundidad de las materias que integran el principio de no discriminación y la igualdad entre hombres

y mujeres, y en particular el enjuiciamiento con perspectiva de género, la lucha contra la violencia sobre la mujer en todas sus formas (artículo 307.2 de la LOPJ), y la utilización del lenguaje inclusivo.

- Establecimiento de la obligación de los jueces y las juezas en prácticas de realizar una actividad de formación continua sobre la tutela judicial del principio de igualdad entre mujeres y hombres, derecho antidiscriminatorio, lucha contra todas las clases de violencia contra las mujeres y enjuiciamiento con perspectiva de género.
- Realización de las adaptaciones precisas en los exámenes de ingreso en la carrera judicial para aquellas personas que presenten necesidades de conciliación de la vida personal, familiar y profesional (embarazo, parto, etc.).
- Desarrollo, con participación de la Escuela Judicial y la Comisión de Igualdad, de las adaptaciones curriculares adecuadas durante la fase de formación teórico-práctica de la Escuela Judicial para las personas aspirantes a acceder a la carrera judicial que presenten necesidades de conciliación de la vida personal, familiar y profesional (embarazo, licencia por nacimiento de hijos, lactancia, etc.).
- Garantía de la participación equilibrada de mujeres y hombres en todas y cada una de las actividades de formación inicial que se lleven a cabo en la Escuela Judicial.

No nos consta como accesible el desarrollo de todas estas exigencias y compromisos adquiridos, aunque sí disponemos de ciertos datos, tales como el número de hombres y mujeres en la carrera según tramo de edad:

JUECES Y MAGISTRADOS EN ACTIVO

	Rango de edad						Total	Edad media	Antigüedad Media
	25 a 30	31 a 40	41 a 50	51 a 60	61 a 70	más de 70			
Mujer	21	87	200	160	44	0	512	48,6	18,1
Varón	12	65	115	146	119	2	459	52,7	22,1
Total	33	152	315	306	163	2	971	50,5	20,0

DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL POR SEXO

	Rango de edad						Total
	25 a 30	31 a 40	41 a 50	51 a 60	61 a 70	más de 70	
Mujer	63,6%	57,2%	63,5%	52,3%	27,0%	0,0%	52,7%
Varón	36,4%	42,8%	36,5%	47,7%	73,0%	100,0%	47,3%

Fuente: web Poder Judicial

Como se observa, se trata de un colectivo profesional altamente feminizado desde hace unos años. Sin embargo, aunque que su base está feminizada, no ocurre lo mismo en el ascenso en la carrera profesional. Nos encontramos, pues, con el denominado techo de cristal. «Las posibilidades de la mujer magistrada para acceder a los órganos superiores todavía está condicionada de alguna manera por la existencia entre algunos sectores de la magistratura que continúan prefiriendo varones para dichos puestos, y en ocasiones por los condicionantes que conlleva la necesidad de conciliar vida familiar y carrera profesional» (Gómez-Bahillo, Elboj-Saso y Marcén-Muñío, 2016: 217).

En los estudios de género, la expresión «techo de cristal» hace referencia a la limitación oculta en el ascenso laboral de las personas dentro de una determinada organización. Por esta razón, la Ley de igualdad —y el consecuente II Plan de Igualdad del CGPJ— reenfoca la carrera de las juezas y magistradas.

Veamos el perfil de los/as últimos/as aspirantes a jueces/as en nuestro país: «Mujer, 28 años y sin familia en el sector legal». En la última convocatoria, el 71% de las aspirantes a jueza fueron mujeres⁴⁹. Sin embargo, continuamos refiriéndonos a «los jueces» en masculino y en el imaginario colectivo la imagen del juez es la de un señor mayor y no una mujer joven⁵⁰. La lectura es clara: la feminización del ámbito profesional público muestra que siguen siendo ellas las que superan en mayor medida los exámenes. Debido al incremento del periodo formativo (erasmus, másters, etc.), accedemos al mercado laboral más tarde que hace unos años y el deseo de ser madre no siempre encaja con los valores de las grandes empresas privadas; el sector público permite una conciliación más amplia y una mayor tranquilidad a la hora de planificar la vida personal.

El hecho de que el acceso a la Justicia esté feminizado exige plantearse el futuro de la propia carrera de Derecho (porcentaje), donde hay más mujeres que hombres y, tal vez, debieran en un futuro llevarse a cabo acciones positivas orientadas a que los hombres que estudien Derecho opositen. Es una cuestión de equilibrio de género. Ahora bien, en este momento la preeminencia de las mujeres debe ir acompañada de una apuesta por su carrera de ascenso en el escalafón. A tal efecto, el segundo Plan de Igualdad afirma que:

«La carrera profesional está conformada por el conjunto de oportunidades y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de igualdad mérito y capacidad manifestándose fundamentalmente en el nombramiento de cargos discrecionales, selección para la realización de actividades formativas, en actividades internacionales, etc. Es necesario asegurar en la composición de las ternas la participación equilibrada en los términos indicados por la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres (60-40 %). Para cumplir con los objetivos se realizan distintas actividades en este ámbito:

1. Elaboración de informe de Impacto de género que incluya, al menos una relación numérica y porcentual, distribuida por sexo, en las distintas categorías de la carrera judicial y en los cargos discrecionales. Se especificará, dentro de los cargos discrecionales, cuántos/as de sus titulares han hecho uso de derechos de conciliación, desagregando a su vez entre mujeres y hombres

2. Promover la remoción del déficit de presencia equilibrada de mujeres en los cargos de nombramiento discrecional realizados por el Consejo, en actividades docentes, de relaciones internacionales, etc.
3. Impulsar y desarrollar políticas que favorezcan la promoción de las mujeres con méritos y capacidad en los procesos de nombramiento de cargos gubernativos de la carrera judicial y magistradas del Tribunal Supremo.
4. Garantizar que no se toma en consideración, ni directa ni indirectamente a través de una valoración objetivista del rendimiento, como circunstancia negativa para la promoción profesional, el haber hecho uso de derechos de conciliación, aunque implicasen una situación de excedencia.
5. Actualización permanente de los datos desagregados por género en la página web del poder judicial.
6. Realización de investigaciones o estudios con la finalidad de conocer las modificaciones del déficit de solicitudes y presencias de cargos de mayor responsabilidad en la carrera judicial a fin de proponer medidas reglamentarias y legales para alcanzar la paridad».

El plan de igualdad ha introducido las herramientas para poder asegurar el ascenso en la carrera en igualdad de condiciones para mujeres y hombres. La conciliación y corresponsabilidad en judicatura es la asignatura pendiente que hay que trabajar y asegurar, dado que los datos son los siguientes:

NÚMERO DE DÍAS DE PERMISO Y LICENCIAS DISFRUTADOS POR MAGISTRADO (TOTAL, MUJERES Y HOMBRES) EN 2021	Mujeres	Hombres	Total
L.O. 3/2007, 22 MARZO. Licencia por riesgo durante el embarazo y lactancia	2,9	0,0	1,6
L.O. 373.2 REGLTO 218.1 en caso de parto: licencia de dieciséis semanas ininterrumpidas, que se ampliarán en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del hijo y por cada hijo a partir del segundo, en los supuestos de parto múltiple. En los casos de	4,3	0,1	2,4
L.O. 373.2 REGLTO 219.1 Licencia por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de dieciséis semanas ininterrumpidas, que se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del menor adoptado o acogido y por cada hijo o	0,0	0,0	0,0
L.O. 373.2 REGLTO 219.3 Permiso por adopción o acogimiento internacional	0,0	0,0	0,0
L.O. 373.6 Permiso retribuido para las Juezas y Magistradas en estado de gestación	0,0	0,0	0,0
L.O. 373.6 REGLTO 221 Permiso por paternidad, acogimiento o adopción- paternidad	0,1	2,1	1,0
L.O. 373.7 REGLTO 223. a) Lactancia de un hijo menor de doce meses	0,3	0,1	0,2

NÚMERO DE DÍAS DE PERMISO Y LICENCIAS DISFRUTADOS POR MAGISTRADO (TOTAL, MUJERES Y HOMBRES) EN 2021	Mujeres	Hombres	Total
L.O. 373.7 REGLTO 223. a) Permiso retribuido de acumulación de horas de lactancia	0,5	0,1	0,3
L.O. 373.7 REGLTO 223. c) Permiso para realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto	0,0	0,0	0,0
L.O. 373.7 REGLTO 223. e) Reducción de jornada (con disminución proporcional de retribuciones) por razones de guarda legal, cuidado directo de un menor de doce años, persona mayor que requiera especial dedicación o persona con discapacidad que no desempeña	0,1	0,0	0,0
L.O. 373.7 REGLTO 223. h) Reducción, como máximo la mitad de su jornada en el periodo de audiencia pública, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del hijo menor de edad, por naturaleza o adopción o, en los supuestos de acogida	0,1	0,0	0,0
L.O. 373.7 REGLTO 223. i) Cumplimiento de un deber relacionado con la conciliación de la vida familiar y laboral	0,2	0,0	0,1
REGLTO 236.5 Licencia retribuida por asuntos propios, basada en circunstancias personales o familiares. Máximo 15 días hábiles.	0,0	0,0	0,0
REGLTO 236.5 Licencia retribuida por asuntos propios, basada en circunstancias personales o familiares. Máximo 15 días hábiles. Concedidos por el presidente debido a urgencia	0,1	0,0	0,0
L.O. 373.5 REGLTO 223. d) Permiso de 2 a 5 días por enfermedad grave o fallecimiento familiar dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad sin necesidad de desplazamiento	0,6	0,4	0,5

Fuente: web Poder Judicial⁵¹

Como se ve en las estadísticas, las reducciones y permisos por cuidado de menores y familiares tienen nombre de mujer, circunstancia que genera una desventaja profesional difícilmente recuperable *a posteriori*⁵². Solo el tiempo arrojará los datos precisos para tomar medidas oportunas y acordes con una fotografía realista de la judicatura y de la sociedad en la que vivimos, que deberá reflejar un porcentaje de datos similar también en la judicatura. A tal efecto, el Plan se refiere expresamente a las políticas de conciliación del Poder judicial en estos términos:

«1. Promover la adopción de medidas de corresponsabilidad y de conciliación de la vida personal, familiar y laboral mediante acciones de información y sensibilización. La adecuación del trabajo a la persona se considera como principio fundamental para conciliar la vida profesional con la vida personal.

2. Introducir medidas para evitar disfunciones exorbitantes en la vida personal y familiar, en aquellos supuestos donde los requerimientos profesionales sean especialmente significativos en términos de compromiso temporal (actuaciones instructoras nocturnas o en días festivos, macrojuicios).

3. Promover la recogida de datos sobre los beneficiarios y beneficiarias de las medidas de conciliación, a través de las salas de gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia.

4. Elaborar informes de impacto de género que incluyan, al menos, una relación numérica y porcentual, distribuida por sexo de los magistrados y magistradas que se han acogido a las medidas de conciliación.
5. Elaborar informes a los recursos de alzada interpuestos por magistrados y magistradas contra las decisiones de las salas de gobierno de los TSJ en materia de conciliación.
6. A la vista de los datos y de la experiencia obtenida a través de las medidas anteriores, la Comisión de Igualdad del CGPJ podrá realizar propuestas al Pleno para introducir o modificar en el Reglamento de la Carrera Judicial, mejoras en materia de conciliación y corresponsabilidad».

5. BREVES CONSIDERACIONES A PROPÓSITO DEL TEMARIO DE LAS PRUEBAS SELECTIVAS

En el mismo acuerdo en el que se convocan las pruebas selectivas para el acceso a la carrera judicial se publica el Anexo relativo al temario de las pruebas selectivas, que abarca las áreas principales del Derecho, a saber, Derecho constitucional, Derecho civil, Derecho penal, derecho procesal civil, Derecho procesal penal, Derecho mercantil, Derecho administrativo y laboral. Respecto a estos temas, poco podemos traer a reflexión en estas líneas, más allá de que, a pesar de ser un temario muy extenso, peca de fragmentario. Consideramos que debería ofrecer una formación más integral a sus aspirantes, incluyendo áreas —entre ellas, la criminología, la sociología, la pedagogía y la psicología— que, aunque no son puramente jurídicas, necesariamente van a formar parte de la interpretación de determinados preceptos jurídicos.

Fruto del Pacto de Estado contra la Violencia Machista, la LOPJ ha incorporado la obligación de que el temario para el acceso a la carrera, la formación en la Escuela Judicial y la formación continua de juzgadores incorporen temas relativos a la Igualdad de la mujer, la prohibición de discriminación y la erradicación de la violencia de género. Junto a esta formación destinada a incorporar la perspectiva de género y la comprensión de la realidad de la mujer en el contexto actual, también se ha introducido la perspectiva de protección de intereses de los menores y la infancia⁵³ no solo para el acceso a la carrera judicial, sino también para la promoción de la categoría de juez a magistrado⁵⁴.

Nada se dice sobre la formación en el tercer pilar clave para la transformación sostenible de la vida que nos pide la ONU y una interpretación multinivel del Derecho internacional (en sus facetas *hard* y *soft law*), a saber, la naturaleza y el planeta como sujeto y objeto de derechos y de tutela, así como sobre el papel de la tecnología en las relaciones jurídicas y los conflictos que llegarán a la mesa de los jueces y las juezas. Alguno de estos aspectos se ha relegado a un segundo momento de formación, es decir, una vez incorporados a la carrera judicial, a través del servicio de formación continua del Consejo⁵⁵.

6. CONCLUSIONES

La Agenda 2030 es una hoja de ruta política que ha creado las Naciones Unidas para que los Estados transformen *ad intra* y *ad extra* sus instituciones, su cultura y sus políticas y, por tanto, para que la ciudadanía y el tejido social y empresarial puedan ser también actores de cambios en el sentido que allí se define. En materia de Justicia, hay dos Objetivos de Desarrollo Sostenible relativos a la función jurisdiccional. Se trata del ODS 16, destinado a promover sociedad justas, pacíficas e inclusivas⁵⁶ y del ODS 10, por el que aboga por la reducción de la desigualdad⁵⁷. Con ello, se pide a la judicatura que tome conciencia del poder transformador de las sentencias para reducir significativamente la pobreza, la desigualdad de género, asegurar los contenidos del derecho al acceso a la Justicia sobre todo para las personas más vulnerables, la fragilidad de los derechos humanos... asimismo, solicita a los jueces y las juezas que tomen conciencia del hecho indubitado de que lo local es global y viceversa, pues al vivir en un mundo interconectado, el grado de influencia con una sentencia ejemplar y con sentido puede ser muy elevado, de modo que algunas sentencias significativas pueden cambiar el rumbo de los derechos de las personas y del planeta.

Es verdad que cada vez vamos encontrando más anclajes jurídicos de naturaleza internacional tendentes a dar soporte a la aplicación de la ley en el caso concreto; es verdad que la judicatura debe lograr la contextualización de sus decisiones a tenor del art. 3 del Código Civil, lo que exige que la función jurisdiccional no sea miope en su ejercicio e interprete las normas en función del mundo en el que vivimos y, por tanto, con los valores propios de un Estado social, democrático y de Derecho. Un análisis multinivel de nuestra Constitución y nuestras leyes y del Derecho europeo e internacional nos permite «integrar» vacíos legales que redundan en un mejor Derecho y una mejor democracia. Todo ello sin perder la visión normativista de la argumentación jurídica⁵⁸, donde cada vez más los principios generales del Derecho y la contextualización al momento y sociedad en la que vivimos van a tener mayor protagonismo.

En conclusión, esta panoplia de normas nacionales e internacionales crea los contenidos *objetivos* y *subjektivos* de derechos inexistentes en el Derecho nacional y que, por ejemplo, en el caso de la mujer, el Convenio de Estambul supera y genera o amplía un marco legal de *deber de diligencia debida de los Estados*, es decir, adopta una doble dimensión de responsabilidad por la que debe resarcir a la víctima, a saber, *una dimensión sistémica y una dimensión individual*⁵⁹. Sin Estambul no podríamos hacer una interpretación de este tipo. Esta es la tendencia generalizada ante los derechos de última generación que van surgiendo ahora, fruto de los movimientos sociales globales, tendencia que también encontraremos en materia de protección del medioambiente. Actualmente tenemos algo parecido en los arts. 2, 6 y 7 del Tratado de París. Igualmente, este mismo hilo conductor sí se encuentra en la Convención de personas con discapacidad (art 4, sobre las obligaciones de los Estados parte y aplicabilidad inmediata de la convención). No hay duda de que el futuro estará marcado por estas nuevas formas de comprometer a los Estados en la prevención, erradicación, castigo y reparación de estos nuevos intereses sociales y legales.

Como vemos, el legislador va por detrás de la realidad y no por ello la judicatura puede abstenerse de decidir (prohibición de *non liquet*), dado que después la sentencia de un juez ya no hay forma de tutela de los derechos. La cuestión que cabe preguntarse es la siguiente: ¿estamos preparando a nuestras generaciones de jueces para afrontar estos retos?

NOTAS

1. «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan».

2. Disponible en: <<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Acceso-a-la-categoria-de-Juez-a/Informacion-general/>>.

3. La realidad es que hoy hay, como mínimo, 6 ejes para repensar la Justicia y la forma en la que se imparte atendiendo a los retos que tenemos por delante en este siglo que promete ser complejo y cambiante:

1) Parece que llegamos al fin del humanismo y la modernidad y de todos los valores que trajo consigo, muchos de ellos todavía no alcanzados y este es el verdadero problema: innovar sobre una base de derechos constitucionales todavía no consolidados. Pensemos, a título de ejemplo, en casi todas las vertientes de la igualdad. La posmodernidad trae consigo una idea de libertad falsa sin asegurar con carácter previo derechos básicos de las personas y ello lleva aparejado un constante conflicto entre libertad e igualdad de la mujer.

2) Asistimos al declive del androantropocentrismo e iniciamos los primeros pasos hacia el transhumanismo, algo que parece íntimamente unido a la identidad como concepto en construcción. La realidad es que no hemos logrado la igualdad y el respeto hacia las mujeres y los animales no humanos, por ejemplo y, sin embargo, se pretenden poner en el centro el transhumanismo y el posthumanismo como formas de garantizar la felicidad a través del uso de la tecnología en nuestros cuerpos, creando, como se verá, una brecha biológica, de género y de pobreza. Felicidad *versus* Estado del bienestar.

3) La revolución tecnológica y la inteligencia artificial (IA) van a generar nuevos derechos y la revisión de contenidos de otros derechos tradicionales, hecho íntimamente vinculado a los otros parámetros citados. Hay que tener cuidado porque la transformación que va a traer consigo afectará mucho a las personas, al funcionamiento del capital y a la redistribución de la riqueza y, en este nuevo barbecho, los populismos van a tener una buena coartada para penetrar en la sociedad, especialmente en la sociedad de la desinformación y del entretenimiento en la que vivimos, donde la libertad parece que lo justifica todo. La tecnología y la IA son meros instrumentos y no fines en sí mismos y deben someterse a los principios de la ética y del garantismo jurídico. Como sociedad, nos enfrentamos a un reto, pues los datos sobre los que se está construyendo esta realidad son sesgados y están lejos de respetar los contenidos establecidos por el art. 14 de la CE. Además, las carreras orientadas a la creación y desarrollo de IA presentan un enorme déficit de mujeres —como estudiantes y profesionales—, por lo que la realidad de las mujeres y su visión no estará presente en un futuro si no superamos la brecha de género en las denominadas carreras STEM (Science, Engineering, Technical and Maths).

4) La globalización, la supranacionalidad, la internacionalización son elementos transformadores para la Justicia y para el legislador. Hemos constatado que los problemas locales son también globales, que el elemento transnacional choca con soluciones jurídicas locales y que hay grandes desniveles de igualdad de tratamiento de garantías y derechos en diferentes espacios territoriales o de soberanía. El poder económico no conoce límites y se configura como un poder supraestatal. La guerra, el hambre o las pandemias son ejemplos de problemas inabordables que traen consigo conflictos reales nacionales. La ausencia de voluntad de crear una identidad europea afín complica la protección de los derechos de las personas, enfrascada en un debate de distancia y falta de armonización entre los Estados a la hora de crear y aplicar normativas europeas. Las Naciones Unidas han fracasado, precisamente, por esa falta de identificación entre Estados en este proyecto común iniciado tras la Segunda Guerra Mundial.

5) La naturaleza y los recursos de nuestro planeta son bienes limitados. El modelo extractivo y productivo que mantiene nuestra vida, tal y como la hemos diseñado, es insostenible. Somos ecodependientes. Urge una transición hacia un modelo económico que integre como valor principal los cuidados de las personas y de la vida en el planeta. Estos parámetros se sostienen sobre la premisa de que es preciso reconocer, por fin, que hay bienes de naturaleza común no privativa, bienes demaniales, de pertenencia al Estado —o, mejor dicho, a la humanidad— que actuarán como límites a los poderes públicos y a la ciudadanía como los derechos fundamentales.

6) Este cambio de modelo requiere un cambio cultural que acepte lo que aquel conlleva en democracia. Necesitamos tomar distancia, pensar y consensuar democráticamente estos cambios que traen, con toda seguridad, un nuevo «contrato social» entre las personas, el Estado y el sector asociativo y empresarial.

4. Disponible en: <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>>. [Consulta: 07/03/2023.]

5. *Ídem*

6. Artículo 301.1. «El ingreso en la carrera judicial estará basado en los principios de *mérito y capacidad* para el ejercicio de la función jurisdiccional. 2. El proceso de selección para el ingreso en la carrera judicial garantizará, con *objetividad y transparencia*, la *igualdad en el acceso* a la misma de todos los ciudadanos que reúnan las condiciones y aptitudes necesarias, así como la idoneidad y suficiencia profesional de las personas seleccionadas para el ejercicio de la función jurisdiccional». Cursivas nuestras.

7. Artículo 25 PIDCP. «Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: [...] c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país».

8. «Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes».

9. «La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones».

10. García García (2008) cita diversas sentencias del Tribunal Constitucional, la más reciente de las cuales es la STC 73/1998, de 31 de marzo (BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1998, pp. 29 a 35). Disponible en: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1998-10510>>. [Consulta: 07/03/2023.]

11. «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

12. «Una mujer debe tener dinero y una habitación propia para poder escribir novelas».

13. «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

14. «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

15. Michael Sandel, profesor de Derecho en Harvard, se ha mostrado muy crítico con el concepto de meritocracia en charlas, libros y en entrevistas concedidas a los medios. Por todos: <<https://www.bbc.com/mundo/noticias-55825871>>.

16. En este documento, Juezas y Jueces para la Democracia nos anima a repensar el acceso a la carrera judicial (Gómez Martínez, 2008).

17. «6. En todos los casos *se exigirá no estar incurso en ninguna de las causas de incapacidad e incompatibilidad* que establece esta ley y no tener la edad de jubilación en la carrera judicial ni alcanzarla durante el tiempo máximo previsto legal y reglamentariamente para la duración del proceso selectivo, hasta la toma de posesión incluido, si es el caso, el curso de selección en la Escuela Judicial. 8. También *se reservará en la convocatoria un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento, siempre que superen las pruebas selectivas y que acrediten el grado de discapacidad y la compatibilidad para el desempeño de las funciones y tareas correspondientes en la forma que se determine reglamentariamente*. El ingreso de las personas con discapacidad en las carreras judicial y fiscal se inspirará en los principios de *igualdad de oportunidades, no discriminación y compensación de desventajas*, procediéndose, en su caso, a la *adaptación de los procesos selectivos a las necesidades especiales y singularidades* de estas personas, mediante las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en los procesos selectivos. Asimismo, una vez *superados dichos procesos, se procederá a las adaptaciones y ajustes razonables para las necesidades de las personas con discapacidad* de cualquier tipo en los puestos de trabajo y en el entorno laboral del centro o dependencia pública donde desarrollen su actividad». Cursivas nuestras.

18. Disponible en: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12632#:~:text=Ayuda,Real%20Decreto%20Legislativo%201%2F2013%2C%20de%2029%20de%20noviembre%2C,de%2003%2F12%2F2013>>.

19. Esta preocupación del legislador es pareja a la de la investigación doctrinal. En los últimos años se han realizado diversas investigaciones sobre la materia. *Vid.*, por todas, Rueda Monroy (2021); Polonio de Dios (2016); y Bascón Marín (2022).

20. Marrades Puig señala que, si bien el término «discapacidad» cada vez tiene voces más críticas que proponen utilizar términos como «diversidad funcional» o «personas con diversidad funcional» que «expresa mejor el sentir de este colectivo, sus necesidades y sus reivindicaciones», la ley optó por mantener el término de la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* (2006) (Marrades Puig, 2015: 266). Así, el autor afirma: «Ajustes razonables: son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos».

21. Disponible en: <<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Una-persona-ciega-aprueba-por-primera-vez-las-oposiciones-a-las-Carreras-Judicial-y-Fiscal->>>.

22. Disponible en: <<https://www.fiscal.es/-/h%C3%A9ctor-melero-estamos-obligados-a-trabajar-para-que-los-avances-existent-s-en-europa-se-proyecten-en-todo-el-mundo->>>.

23. Disponible en: <<https://blog.opositatest.com/entrevista-hector-melero-fiscal/>>>.

24. Disponible en: <<https://www.heraldo.es/noticias/sociedad/2021/04/12/hector-melero-primer-fiscal-ciego-la-mentira-tambien-se-detecta-en-la-vozjusticia-integracion-entrevista-1484290.html>>.

25. Disponible en: <<https://conflegal.com/20221124-los-vocales-del-cgpj-votaran-a-los-dos-magistrados-candidatos-al-tc-en-el-pleno-de-22-de-diciembre/>>>.

26. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/>>. [Consulta: 07/03/2023.]

27. *Vid.*, entre otros, Cancio Fernández (2009); y Martínez Menayo (2022).
28. «Es más que dudoso que un proceso de selección basado sustancialmente en el recurso a las opciones clásicas para la selección de los puestos funcionariales más sensibles (o concursos-oposición para los demás), por mucho que sea cierto que sí supone un indudable aprendizaje de determinados contenidos durante el mismo, aporte los conocimientos, destrezas y habilidades que son requeridos para el óptimo ejercicio de las funciones públicas. El caso del acceso tradicional a los grandes cuerpos jurídicos (judicatura, fiscalía, notarías, registros, abogacía del Estado, etc.), que es también el que se emplea para la selección de los empleados públicos valencianos de primer nivel, basado fundamentalmente en la realización de pruebas de tipo memorístico, es paradigmático en este sentido. La preparación de los contenidos de las pruebas de selección aporta, indudablemente, unos conocimientos teóricos de un enorme valor a los seleccionados y contienen elementos que deberían ser conservados y tenidos en cuenta, por su indudable valor, pero que aun pudiendo ser importantes no lo son en la forma en que se están llevando a cabo» (Boix Palop y Soriano Alba, 2020: 7).
29. Disponible en: <<https://www.mjusticia.gob.es/es/Ciudadano/TramitesGestiones/Documents/Resoluci%C3%B3n%20convocatoria%20becas%20CEJ%202022.pdf>>.
30. Disponible en: <<https://www.cef.es/es/Oposiciones-a-Jueces-y-Fiscales-21O.asp#calendario-precios>>.
31. Disponible en: <https://dogv.gva.es/datos/2022/11/25/pdf/2022_11010.pdf>.
32. «Octavo.3. Documentación económica que justifique la actividad de preparación: facturas de compra de materiales de estudio, pago de tasas para participar en el proceso selectivo correspondiente y admisión al mismo, facturas de desplazamiento y alojamiento para pruebas selectivas, o facturas de preparación, por ejemplo».
33. Disponible en: <<https://conflegal.com/20201216-la-union-progresista-de-fiscales-se-suma-al-proyecto-de-jjpd-para-preparar-de-forma-gratuita-a-opositores-sin-recursos/>>.
34. *Vid.* Acuerdo de Juezas y Jueces para la Democracia y la Unión Progresista de Fiscales, por el que se convocan plazas para la preparación al acceso a las carreras judicial y fiscal para el ejercicio 2022. Disponible en: <<http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2022/01/Convocatoria-plazas-para-acceder-a-preparadores-gratuitos-2022.pdf>>.
35. Disponible en: <<https://www.colegionotarial.org/es/academia>>.
36. Disponible en: <<https://www.mjusticia.gob.es/eu/ciudadania/empleo-publico/acceso-convocatorias-perfiles/carrera-judicial>>.
37. Respecto a la incapacidad, ya tratada previamente, indica que no debe ser un impedimento para la función judicial y si esta se puede desarrollar lo que deberá hacerse es adaptar las funciones (301.8 LOPJ).
38. Disponible en: <<https://www.rtve.es/noticias/20211014/elitista-acceso-carrera-judicial/2171531.shtml>> <https://alopezcazalilla.es/oposiciones-jueces-fiscales/#:-:text=Como%20ya%20sabr%C3%A1s%20si%20est%C3%A1s,la%20cantidad%20de%20plazas%20convocadas>>.
39. Esta información está disponible en: <<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Acceso-a-la-categoria-de-Juez-a/Informacion-general/>>.
40. «Las pruebas de selección no prestan la más mínima atención a la identificación de capacidades y potencialidades que sí van a tener una relación directa con el desempeño en el puesto de trabajo: flexibilidad, capacidad de aprendizaje, creatividad, aptitudes para el trabajo en equipo [...] cada vez más necesarias y sobre las que, por esta razón, y a justo título, los procesos de selección en el sector privado hacen

creciente hincapié. En definitiva, las Administraciones españolas no solo es que seleccionen a su personal de un modo que no necesariamente va a permitir identificar correctamente a los mejores candidatos, sino que ni siquiera están poniendo el foco en, dentro de aquellos que según sus procedimientos serán los supuestamente mejores, analizar qué competencias y capacidades serán las realmente importantes para desempeñar correctamente sus futuras funciones, a fin de poder comprobarlas, exigir las (y potenciarlas) en el marco del proceso de selección» (Boix Palop y Soriano Arnanz, 2020: 8).

41. Artículo 117.2 CE. «Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley».

42. Artículo 311.1.IV LOPJ. «La cuarta vacante se proveerá por concurso entre juristas de reconocida competencia y con más de diez años de ejercicio profesional que superen el curso de formación al que se refiere el apartado 5 del artículo 301. A su vez, una tercera parte de estas vacantes se reservará a miembros del Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia de primera o segunda categoría. Por este procedimiento solo podrá convocarse un número de plazas que no supere el total de las efectivamente vacantes más las previsibles que vayan a producirse durante el tiempo en que se prolongue la resolución del concurso. En las Comunidades Autónomas en las que exista más de una lengua oficial o tengan Derecho Civil propio se aplicarán, para la provisión de estas plazas, las previsiones establecidas a tal efecto en la presente Ley».

43. «Cuarto Turno, Guías Jurídicas», *La Ley*. Disponible en: <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjQ0sLtbLUouLM_Dx-bIwMDCwNzA7BAZlqlS35ySGVBqm1aYk5xKgC6o4dENQAAAA==WKE#:-:text=Se%20entiende%20por%20cuarto%20turno,diez%20a%C3%B1os%20de%20ejercicio%20profesional>.

44. Disponible en: <<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Acceso-a-la-categoria-de-Magistrado-a-Historico-de-convocatorias/>>.

45. Artículo 101. 1. «Los Jueces de Paz y sus sustitutos serán nombrados para un periodo de cuatro años por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia correspondiente. El nombramiento recaerá en las personas elegidas por el respectivo Ayuntamiento. 2. Los Jueces de Paz y sus sustitutos serán elegidos por el Pleno del Ayuntamiento, con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros, entre las personas que, reuniendo las condiciones legales, así lo soliciten. Si no hubiere solicitante, el pleno elegirá libremente. 3. Aprobado el acuerdo correspondiente, será remitido al Juez de Primera Instancia e Instrucción, quien lo elevará a la Sala de Gobierno. 4. Si en el plazo de tres meses, a contar desde que se produjera la vacante en un Juzgado de Paz, el Ayuntamiento correspondiente no efectuase la propuesta prevenida en los apartados anteriores, la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia procederá a designar al Juez de Paz. Se actuará de igual modo cuando la persona propuesta por el Ayuntamiento no reuniera, a juicio de la misma Sala de Gobierno y oído el Ministerio Fiscal, las condiciones exigidas por esta ley. 5. Los Jueces de Paz prestarán juramento ante el Juez de Primera Instancia e Instrucción y tomarán posesión ante quien se hallara ejerciendo la jurisdicción».

46. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunales_Superiores_de_Justicia/TSJ_Cataluna/Organos_judiciales/Organos_judiciales_en_Cataluna/Juzgados_de_Paz>.

47. Disponible en: <<https://cjusticia.gva.es/documents/162330279/174133635/2022+04+04++Proyecto+JUSTIPROP+%28%29.pdf/9e02bc3f-c6f3-45ad-a79e-f7fe899b76b4?t=1649071254748>>.

48. «Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales».

49. Disponible en: <<https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/16781-mujer-28-anos-y-sin-familia-en-el-sector-legal-asi-es-el-perfil-de-juez-de-la-nueva-promocion/>>.

50. Basta con una búsqueda rápida en Google imágenes insertando las palabras «judicatura España» para observar que las primeras imágenes que nos devuelve el buscador son de hombres jueces, normalmente coincidiendo con la apertura del año judicial.

51. Información estadística disponible en: <<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Estructura-judicial-y-recursos-humanos-en-la-administracion-de-justicia/Magistrados-y-jueces-de-carrera/Permisos--licencias--excedencias-y-salidas-Magistrados-y-jueces-de-carrera>>.

52. En cambio, si fijamos el punto de mira en las licencias por estudios, son ellos los que más las solicitan de acuerdo con las estadísticas ofrecidas por el CGPJ:

L.O. 373.3 REGLTO 231 Licencia por estudios en general o relacionados con la función judicial	0,8	0,9	0,9
L.O. 373.3 REGLTO 231 Licencia por estudios en general o relacionados con la función judicial que se realicen fuera de España (internacionales)	0,5	0,9	0,7

53. Artículo 310 LOPJ. «Todas las pruebas selectivas para el ingreso y la promoción en las carreras judicial y fiscal contemplarán el estudio del principio de igualdad entre mujeres y hombres, incluyendo las medidas contra la violencia de género, y su aplicación con carácter transversal en el ámbito de la función jurisdiccional. El temario deberá garantizar la adquisición de conocimientos sobre el principio de no discriminación y especialmente de igualdad entre mujeres y hombres y, en particular, de la normativa específica dictada para combatir la violencia sobre la mujer, incluyendo la de la Unión Europea y la de tratados e instrumentos internacionales en materia de igualdad, discriminación y violencia contra las mujeres ratificados por España. Asimismo, las pruebas selectivas contemplarán el estudio de la tutela judicial de los derechos de la infancia y la adolescencia, su protección y la aplicación del principio del interés superior de la persona menor de edad. El temario deberá garantizar la adquisición de conocimientos sobre normativa interna, europea e internacional, con especial atención a la Convención sobre los Derechos del Niño y sus observaciones generales».

54. Artículo 312.1 LOPJ. «Las pruebas selectivas para la promoción de la categoría de juez a la de magistrado en los órdenes jurisdiccionales civil y penal se celebrarán en la Escuela Judicial, y tenderán a apreciar el grado de capacidad y la formación jurídica de los candidatos, así como sus conocimientos en las distintas ramas del derecho. Podrán consistir en la realización de estudios, superación de cursos, elaboración de dictámenes o resoluciones y su defensa ante el Tribunal, exposición de temas y contestación a las observaciones que el Tribunal formule o en otros ejercicios similares. 2. Las pruebas de especialización en los órdenes contencioso-administrativo y de lo social y en materia mercantil y de violencia sobre la mujer tenderán además a apreciar, en particular, aquellos conocimientos que sean propios de cada especialidad. 3. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 310, para acceder a las pruebas selectivas o de especialización será preciso acreditar haber participado en actividades de formación continua con perspectiva de género. 4. Las normas por las que han de regirse estas pruebas, los ejercicios y, en su caso, los programas se aprobarán por el Consejo General del Poder Judicial».

55. «La institucionalización de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el texto constitucional no determina su aplicación exclusivamente en el procedimiento de acceso a la función pública, sino que prolonga su vigencia a lo largo de la vida funcional» (García García, 2008: 142)

56. 16.1 Reducir significativamente todas las formas de violencia y las correspondientes tasas de mortalidad en todo el mundo.

16.2 Poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños.

16.3 Promover el Estado de Derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la Justicia para todos.

16.4 De aquí a 2030, reducir significativamente las corrientes financieras y de armas ilícitas, fortalecer la recuperación y devolución de los activos robados y luchar contra todas las formas de delincuencia organizada.

16.5 Reducir considerablemente la corrupción y el soborno en todas sus formas.

16.6 Crear a todos los niveles instituciones eficaces y transparentes que rindan cuentas.

16.7 Garantizar la adopción en todos los niveles de decisiones inclusivas, participativas y representativas que respondan a las necesidades.

16.8 Ampliar y fortalecer la participación de los países en desarrollo en las instituciones de gobernanza mundial.

16.9 De aquí a 2030, proporcionar acceso a una identidad jurídica para todos, en particular mediante el registro de nacimientos.

16.10 Garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales.

16.a Fortalecer las instituciones nacionales pertinentes, incluso mediante la cooperación internacional, para crear a todos los niveles, particularmente en los países en desarrollo, la capacidad de prevenir la violencia y combatir el terrorismo y la delincuencia.

16.b Promover y aplicar leyes y políticas no discriminatorias en favor del desarrollo sostenible.

57. 10.1 De aquí a 2030, lograr progresivamente y mantener el crecimiento de los ingresos del 40% más pobre de la población a una tasa superior a la media nacional.

10.2 De aquí a 2030, potenciar y promover la inclusión social, económica y política de todas las personas, independientemente de su edad, sexo, discapacidad, raza, etnia, origen, religión o situación económica u otra condición.

10.3 Garantizar la igualdad de oportunidades y reducir la desigualdad de resultados, incluso eliminando las leyes, políticas y prácticas discriminatorias y promoviendo legislaciones, políticas y medidas adecuadas a ese respecto.

10.4 Adoptar políticas, especialmente fiscales, salariales y de protección social, y lograr progresivamente una mayor igualdad.

10.5 Mejorar la reglamentación y vigilancia de las instituciones y los mercados financieros mundiales y fortalecer la aplicación de esos reglamentos.

10.6 Asegurar una mayor representación e intervención de los países en desarrollo en las decisiones adoptadas por las instituciones económicas y financieras internacionales para aumentar la eficacia, fiabilidad, rendición de cuentas y legitimidad de esas instituciones.

10.7 Facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas.

10.a Aplicar el principio del trato especial y diferenciado para los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados, de conformidad con los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio.

10.b Fomentar la asistencia oficial para el desarrollo y las corrientes financieras, incluida la inversión extranjera directa, para los Estados con mayores necesidades, en particular los países menos adelantados, los países africanos, los pequeños Estados insulares en desarrollo y los países en desarrollo sin litoral, en consonancia con sus planes y programas nacionales.

10.c De aquí a 2030, reducir a menos del 3 % los costos de transacción de las remesas de los migrantes y eliminar los corredores de remesas con un costo superior al 5 %.

58. *Vid.* García Amado (2008).

59. El artículo 4 del Convenio de Estambul («Las partes adoptarán las medidas legislativas necesarias para promover y proteger el derecho de todos, en particular de las mujeres, a vivir a salvo de la violencia tanto en el ámbito público como en el privado») lo define como un derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia de género, en condiciones de igualdad y sin discriminación. En su artículo 5, bajo el epígrafe «Obligaciones del Estado y Diligencia debida», el Convenio de Estambul establece, consecuentemente, la responsabilidad del Estado de modificar la legislación (civil, penal, administrativa y laboral) y de aprobar una normativa adecuada para transformar esta sociedad y proteger a la mujer frente a la discriminación y la violencia, previendo sanciones adecuadas para las personas que no cumplan, así como la responsabilidad del Estado en su dimensión individual (obligaciones destinadas a proporcionar protección a las víctimas que sufren una concreta violencia por su pareja o expareja).

BIBLIOGRAFÍA

BASCÓN MARÍN, José (2022): *Las políticas de empleo destinadas a colectivos vulnerables en el ordenamiento jurídico español* [Tesis de Doctorado], Universidad de Córdoba.

BOIX PALOP, Andrés y Alba SORIANO ARNANZ (2020): *Propuestas para la selección de empleados públicos en España: ejemplos comparados y posibles mejoras*, Universitat de València: Servei de Publicacions.

CANCIO FERNÁNDEZ, Raúl C. (2009): «Aplicación efectiva del principio de discriminación positiva en el marco del acceso a las carreras judicial y fiscal de personas discapacitadas (STS de 30 de septiembre de 2008)», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 5, 11-16.

CANCIO FERNÁNDEZ, Raúl C. (2022): «Apuntes histórico-constitucionales y de derecho comparado en torno al ingreso y formación en la judicatura española: un modelo rectificante», *Teoría y Realidad Constitucional*, 50, 561-585.

ESCUADERO MORATALLA, José Francisco (2021): «La selección de los jueces en España», *Diario La Ley*, 9832.

ESPARZA LEIBAR, Iñaki (2022): «Estatuto de jueces y magistrados. Los principios subjetivos esenciales», en J.L. Gómez Colomer y S. Barona Vilar (coords.), *Introducción al Derecho Procesal. Derecho Procesal I*, Valencia: Tirant lo Blanch, 153-170.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2008): «Interpretar, argumentar, decidir», en F. Gutiérrez-Alviz y Conradi y J. Martín Lázaro (coords.), *El juez y la cultura contemporánea*, t. II, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 117-120.

GARCÍA COSTA, Francisco Manuel (2011): «Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad», *DA. Revista Documentación Administrativa*, 289, 21-42.

- GARCÍA GARCÍA, María Jesús (2008): «Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: su plasmación en el estatuto del empleado público», *Revista Jurídica de Castilla y León*, 15, 129-156.
- GÓMEZ-BAHILLO, Carlos, Carmen ELBOJ-SASO y Celia MARCÉN-MUÑO (2016): «Feminización de la judicatura española», *Convergencia: Revista de Ciencias Sociales*, 70, 199-226.
- GÓMEZ MARTÍNEZ, Carlos (2008), «La reforma del acceso a la carrera judicial» [en línea] <<http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2017/01/La-reforma-del-acceso-a-la-carrera-judicial-Carlos-Gomez.pdf>>. [Consulta: 07/03/2023.]
- MARRADES PUIG, Ana (2015): «La ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social: diversidad, dignidad e igualdad de oportunidades», *Revista Española de la Función Consultiva*, 24, 261-272.
- MARTÍNEZ MENAYO, David (2022): «El acceso a la carrera judicial y fiscal de personas con discapacidad», *Anales de Derecho y Discapacidad*, 7, 209-239.
- MONTERO RÍOS, Eugenio (1872): *Discurso leído por el Excmo. Sr. D. Eugenio Montero Ríos, ministro de Gracia y Justicia, en la Solemne Apertura de los Tribunales celebrada el 16 de septiembre de 1872*, Madrid: Ministerio de Gracia y Justicia.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (1989): «La eficacia como principio jurídico de la acción administrativa», *Documentación Administrativa*, 218-219, 15-67.
- POLONIO DE DIOS, Gema (2016): *La discapacidad desde la perspectiva del estado social*, Tesis de Doctorado, Universidad de Córdoba.
- RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Abel (2019): «Marco constitucional y legal para la aplicación del mérito como acción afirmativa» [en línea] <http://pensamiento.unal.edu.co/fileadmin/recursos/focos/meritocracia/Documentos_CPEM/Pr_Marco_constitucional_y_legal.pdf>. [Consulta: 22/03/2023.]
- RUEDA MONROY, José Antonio (2021): *La reserva de empleo para las personas con discapacidad en España: consideraciones y propuestas desde el modelo relacional de la discapacidad*, Tesis de Doctorado, Universidad de Málaga.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro (2007): *La reforma del acceso a la carrera judicial en España: algunas propuestas*, Madrid: Fundación Alternativas.

Fecha de recepción: 1 de febrero de 2023.

Fecha de aceptación: 21 de abril de 2023.

LA IMPRESCINDIBLE FUNCIÓN DE LA ESCUELA JUDICIAL EN LA
CAPACITACIÓN DE JUEZAS Y JUECES DEMOCRÁTICOS
*THE ESSENTIAL ROLE OF THE SPANISH JUDICIARY SCHOOL IN
TRAINING AND QUALIFICATION OF DEMOCRATIC JUDGES*

Miryam Rodríguez-Izquierdo Serrano

*Profesora Titular de Derecho constitucional
Universidad de Sevilla**

RESUMEN

La adecuada formación y capacitación de quienes ejercen uno de los tres poderes del Estado, el poder judicial, constituye una exigencia vinculada a la separación constitucional de poderes y al derecho a la tutela judicial efectiva. En España, la fase institucional de esa formación específica corre a cargo de la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, con sede en Barcelona. Este artículo realiza un análisis de las exigencias formativas para la capacitación de los jueces y las juezas en sentido democrático y pone de relieve la gran importancia que, en el proceso formativo de un juez, tiene la formación profesional que estos han de seguir en la Escuela Judicial.

PALABRAS CLAVE

Función jurisdiccional, juez democrático, poder judicial, Escuela Judicial, formación de jueces.

ABSTRACT

There is a great concern in an adequate training and qualification of those who shall wield one of the State's power, the judicial power. Such concern is related to the constitutional separation of Powers and to effective judicial protection. In Spain, there is an institutionalized and specific training for judges in the Judiciary School of the General Council of the Judicial Power in Barcelona. This work makes an analysis of the requirements for a democratic training of judges. It emphasizes the relevance of the professional training that Spanish judges must follow at the Judiciary School.

KEY WORDS

Jurisdiction, democratic judge, judicial power, Judiciary School, judges professional training.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2023.066>

* Exprofesora de Derecho Constitucional y de la Unión Europea de la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial. ORCID: 0000-0001-8051-2345. Con motivo de la publicación de este trabajo quiero expresar mi agradecimiento a los que fueron mis jefes y compañeros de claustro durante mis años de trabajo en la Escuela Judicial de Barcelona, muy en especial a Rafael Bustos Gisbert y a Tais Deus Ramos.

LA IMPRESCINDIBLE FUNCIÓN DE LA ESCUELA JUDICIAL EN LA CAPACITACIÓN DE JUEZAS Y JUECES DEMOCRÁTICOS

Miryam Rodríguez-Izquierdo Serrano

Profesora Titular de Derecho constitucional
Universidad de Sevilla

Sumario: 1. Introducción. 2. El juez democrático: actualidad y herencias. 3. La capacitación como objetivo de la formación del juez democrático. 4. Bases formativas comunes: el periodo previo a la capacitación del juez democrático. 4.1. Los estudios universitarios en Derecho. 4.2. La oposición libre como formación. 4.3. Razonabilidad e insuficiencia de la base formativa común: introduciendo la importancia de la Escuela Judicial. 5. La formación institucional dentro de la carrera: la Escuela Judicial. 5.1. El marco regulador de la Escuela Judicial: algunas disposiciones básicas. 5.2. La formación inicial: la capacitación de las juezas y de los jueces en prácticas. 5.2.1. La fase presencial. 5.2.1.1. Aplicación de normas y solución de conflictos: la aproximación del Derecho a la realidad de su práctica. 5.2.1.2. Las otras, indispensables, herramientas básicas: de la ética a la lingüística, de la comprensión y diagnóstico de problemas a la atención a la diversidad. 5.2.2. La fase de prácticas tuteladas. 5.2.3. La fase de sustitución y refuerzo. 5.2.4. El Máster en el Ejercicio de la Función Jurisdiccional. 5.3. Breve nota sobre la formación continua. 6. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Resulta sintomático que, sobre todo en la literatura científica, las reflexiones sobre el papel del poder judicial en el Estado constitucional español aún repitan, a modo de mantra, que la constitucionalización y la europeización del ordenamiento jurídico han transformado radicalmente la función que la judicatura venía realizando en las etapas previas al actual Estado democrático. La aparente necesidad de reiteración lleva a pensar

que se desconfa o que cuesta creer que la función del poder judicial en el Estado constitucional español sea distinta de la de tiempos anteriores. Quizás ese escepticismo sea lógico y provenga de la constatación de la falta de una cultura constitucional sincera por parte de nuestra sociedad política, constatación que, en el peor de los casos, se cruza con percepciones sobre la probablemente incompleta adaptación democrática de la comunidad de juristas. No obstante, si tales carencias fueran descartables como motivos de la repetición antes referida, aquella podría achacarse, con un ánimo más indulgente, al hecho de que las transformaciones en el ejercicio de la función jurisdiccional continúan —es decir, siguen en proceso— y, no habiéndose ultimado todavía, es preciso señalar la dirección en la que deben evolucionar.

En cualquier caso, es significativo que este análisis empiece con idéntica iteración, sin hacer esfuerzos por evitarla. El sentido de un inicio tal se justifica en el empeño de estas páginas por desarrollar un estudio, que se pretende crítico, sobre la formación y la capacitación de quienes integran el poder judicial democrático en nuestros días. La pretensión crítica, en un trabajo con un necesario, por ineludible, contenido descriptivo, aspira a evaluar en qué medida esa formación y esa capacitación contribuyen a la habilitación de las juezas o los jueces de nuevo ingreso para el ejercicio de la función jurisdiccional en el Estado constitucional integrado (López Guerra, 2018: 5).

2. EL JUEZ DEMOCRÁTICO: ACTUALIDAD Y HERENCIAS

Una vez presentado sucintamente el objeto de este trabajo, que es un análisis de lo actual, se hará una incursión estratégica en las páginas del pasado, siquiera para justificar la alusión a las herencias que se hace en el título de este epígrafe. No debe desconsiderarse el hecho de que la transformación en la función jurisdiccional, esa sobre cuya patológica repetición por la doctrina se reflexionaba en el apartado precedente, ha tenido que realizarse sobre la base del mismo cuerpo de jueces y magistrados que la ejercía en anteriores formas, no democráticas, del Estado español. Se trata de un cuerpo, tampoco debe ignorarse este dato fáctico, que muy largamente y hasta las últimas décadas primero careció de juezas y magistradas y luego fue deficitario de ellas (Atienza, 1998: 33). Y es un cuerpo, por fin, cuya experiencia funcional previa, considerando por tal la acumulada desde finales de los años treinta hasta la década de los setenta del siglo XX, había sido operar en un sistema antidemocrático sin separación de poderes y sin garantía constitucional de los derechos.

El cuerpo judicial de la Transición, siendo heredero de anteriores, había estado regido desde el último tercio del siglo XIX por la llamada *Ley provisional* sobre organización del poder judicial, de 15 de septiembre de 1870. Sin duda, fue una disposición superviviente, de larga vigencia, aun con reformas previas y posteriores a la Transición y hasta la adopción de la Constitución democrática¹. Fue una ley provisional solo en su título. Esa larga vigencia quizás se debió al hecho de que fue adoptada en un periodo que sí que demostró provisionalidad: la regencia de Francisco Serrano y Domínguez, que dio paso a la monar-

guía de Amadeo I. En lo que aquí interesa, lo cierto es que la ley se adoptó en un periodo de impulso democrático en la historia de la España decimonónica, siendo desarrollo de la Constitución post revolucionaria de 1869. Por este motivo, además de por su capacidad de resistir a la turbulenta historia política de esa España, a la ley *provisional* podría reconocérsele mérito como norma reguladora de un cuerpo judicial funcional e institucionalizado, precedente del actual. Del mismo modo, podría sostenerse que, sobre la base de la estructura creada en desarrollo de esa ley, en el periodo previo y posterior a la aprobación de la Constitución de 1978 hubo aspectos internos que influyeron de manera positiva en el tránsito de aquella judicatura, la de los años del franquismo, hacia una nueva judicatura constitucional y democrática. Aun a riesgo de hacerlo sesgadamente, se esbozarán algunos de esos aspectos.

Por una parte, el mandato constitucional de 1869 y su desarrollo por la ley de 1870 antecedieron tanto al impulso de la codificación, en materia civil, penal y de procesos, como a la del Derecho administrativo, que introdujo el control judicial de la actividad administrativa (Fioravanti, 2004: 27). En ese contexto, con el principio de legalidad como el eje de una idealizada separación de poderes, y la motivación de las sentencias como obligación judicial, avanzaron los principios de unidad jurisdiccional y, bien con un sentido no asimilable al actual, independencia y responsabilidad de los jueces y magistrados (Solla Sastre, 2007). En ese contexto, depurando disensiones en la aplicación de la ley, la función del juez se profesionalizó y circunscribió, en mayor medida que en etapas anteriores o posteriores, a la labor aplicativa de disposiciones escritas de carácter general, dentro de un orden normativo estructurado sobre la base de la codificación y del sistema de fuentes establecido en el Código Civil.

Por otra parte, aquella ley del XIX había consolidado una figura determinada de juez, funcionario estable, sometido a la ley y a una serie de incompatibilidades o limitaciones en el ejercicio de derechos propios de cualquier ciudadano y con un perfil que, *a posteriori*, se ha definido como de juez *meritorio* y *de calidades* (Solla Sastre, 2007: 438). Esa figura de juez, que no llegaría a ser la de un poder del Estado, se consolidaría como autoridad al servicio del aquel. El juez sería, pues, esa autoridad estatal vinculada a un texto legal que permanecería, a pesar de las turbulencias, en medio de las vicisitudes, radicalidades y cambios, casi siempre dramáticos, en las formas del Estado español: de aquella Constitución monárquica y democrática de 1869 a la subsiguiente de la I República, difuminada en las décadas de la Restauración; desde la decadencia de esta y de su monarquía constitucional a la II República, con su fin sangriento; de la Guerra Civil, finalmente, a la dictadura.

En conclusión, la figura de juez de la ley de 1870, referente para la judicatura durante más de un siglo, no pudo borrarse sin más y tampoco pudo transferirse sin cambios al nuevo sistema constitucional nacido en 1978. Aceptando la herencia, se requería tanto la adaptación del cuerpo de jueces y magistrados real como la renovación de la figura que sirviera de referente, a cuyo fin la formación y capacitación de los integrantes del poder judicial deberían ser las armas no secretas. De autoridades judiciales al servicio de un Estado mutante tendrían que pasar a ser jueces democráticos, depositarios y ejercientes de un po-

der constitucional en un Estado con vocación de permanencia. A la de administrar justicia, la función del juez democrático sumaría la de hacer valer las normas de la Constitución (artículos 9.1, 107 y 117.1 CE) también frente al resto de poderes, siendo, ante todo, garante de los derechos fundamentales individuales (arts. 24 y 53.2 CE) y de la adecuación constitucional de las leyes (art. 163 CE).

La Constitución de 1978 tuvo que aceptar herencias y su actualidad es el resultado de las transformaciones de más de cuatro décadas. En esa actualidad, el juez democrático tiene una función cuya complejidad no es equiparable a la del *aplicador de leyes*. Su cometido incluye la realización de los mandatos de la Constitución recién enunciados, que remiten a la exigencia de integración de la pluralidad normativa constitucional e internacional. Tales operaciones no solo implican la consiguiente subordinación del principio de legalidad al de constitucionalidad, sino que, en su caso, obligan a escrutar la conformidad con el Derecho de la Unión Europea o interpretación conforme con aquel y con el Derecho internacional de derechos humanos². Todo ello obliga al juez democrático a adoptar un papel activo (Fioravanti, 20004: 29), a desarrollar, cuando sea preciso, una labor creadora del Derecho (López Guerra, 2018: 5) e incluso a adoptar una posición discutidora de la ley que en las etapas anteriores del cuerpo le había estado vedada³.

3. LA CAPACITACIÓN COMO OBJETIVO DE LA FORMACIÓN DEL JUEZ DEMOCRÁTICO

No era esperable que ese juez democrático, en cuanto arquetipo, tal como se acaba de prefigurar, fuera a encarnarse o a brotar de manera espontánea. El juez democrático había de ser formado para una tarea esencialmente cognitiva (Andrés Ibáñez, 2021: 21). Y en gran medida, aunque solo hasta el punto en el que la formación no sustituirá a la experiencia de la práctica judicial, ha de ser formado a través de una instrucción institucionalizada y previa. Como es evidente, en el proceso formativo del juez democrático ha de tener un claro protagonismo el conocimiento del sistema normativo: el Derecho vigente, sus principios de orden y funcionamiento y sus ámbitos de incidencia. Sin embargo, esa formación jurídica elemental y técnica sería una base —necesaria, pero solo una base— sobre la cual construir a ese juez que se erija en autoridad entre otros y frente a otros, en poder frente a los poderes, o, tomando las palabras de Lucas Murillo de la Cueva (2009: 81), en constitución. El juez ha de llegar a ser, a la vez, el que realiza el poder público constitucional en la acción de la Justicia, y el que, realizándolo, lo controla.

En conexión con esta reflexión sobre la formación, que pone al conocimiento técnico como base y al objetivo de erigirse en poder democrático como desarrollo, se introduce esa distinción entre formación y capacitación. Se entiende que la primera es la base de la segunda y que la capacitación, en sí, requiere aportaciones adicionales. Esas aportaciones adicionales vendrán, aunque no solo, de esa instrucción institucionalizada, para completar la capacitación sobre el presupuesto del conocimiento previo del sistema normativo. En esas aportaciones adicionales, especialmente para quien se incorpore a la carrera judicial

sin contacto previo con la práctica jurídica, va a tener especial importancia el periodo de formación obligatorio que los aspirantes deben superar en la Escuela Judicial.

En cuanto a otras aportaciones adicionales a la formación del jurista-juez democrático, toda elevación del conocimiento y depuración de habilidades será bienvenida. En primer lugar, lo será el conocimiento que provenga de una formación cultural extensa, que incluya un entendimiento experiencial de las dinámicas de la sociedad y de relación entre los individuos. En segundo lugar, en su caso y si la hubiere, será relevante la experiencia práctica previa que aporte el juez potencial como profesional del Derecho, aunque sea en ámbitos distintos al de la judicatura. Se trata de una experiencia que es obligada en el acceso por el llamado *cuarto turno* y que, aunque en ocasiones pueden haber adquirido quienes accedan a la carrera judicial por el sistema de libre oposición, no es algo generalizado para estos últimos. Por fin, y en un tercer lugar de importancia extrema, una aportación esencial vendrá de la conciencia que cada jueza y cada juez concretos desarrollen en relación con los muy diversos aspectos del desempeño de la función judicial (Cancio Fernández, 2022: 565). En la forja de esa conciencia serán importantes las actitudes y aptitudes de los aspirantes.

Cuanto mayor sea el desarrollo y perfeccionamiento de esa conciencia, siempre relativa al ámbito de lo profesional, mayor y mejor será la capacitación. Esta aquí llamada *conciencia funcional* se integraría sobre la base de diversos componentes, abarcando aspectos como los siguientes: conciencia del hecho de que su función es ejercicio de un poder público; de la repercusión de sus decisiones en los destinatarios, particularmente en las partes de una controversia y, con visión amplia, en la comunidad jurídica y, por qué no, la sociedad; en relación con esto, concienciación del impacto de su proceder sobre la consideración general de la acción del poder judicial, base de la legitimidad de su ejercicio, y el efecto reflejo de tal consideración en la opinión pública, a cuyo escrutinio, como poder del Estado que es, también está sometido (Lucas Murillo de la Cueva, 2017: 365); conciencia de los componentes éticos de su responsabilidad, diferenciándolos de los jurídicos, y dentro de ellos en especial de los disciplinarios; y conciencia de la necesaria protección de su independencia, no como independencia externa, garantizada por las leyes y la Constitución, sino como independencia interna, de criterio, pensamiento y juicio, orientada a la elaboración de un discurso propio (Arsuaga Acaso, 2017: 140). No se trata, pues, de aspectos relativos a la vida privada del individuo-juez, sino a los que se refieren a su condición de integrante de un poder del Estado⁴.

Dentro de esos parámetros, los conceptos normativos de responsabilidad e independencia judicial adquieren una significación reforzada y se vinculan, como exigencias éticas, al proceso de formación del juez democrático (CGPJ, 2007: 127). Así, la capacitación del juez democrático solo se produciría como resultado de una formación integral, cuyo primer presupuesto habilitante, el conocimiento del sistema normativo vigente, no será presupuesto único, sino que concurrirá con otros contenidos formativos y desarrollo de habilidades de signo diverso. Tal concurrencia llevaría a que aflorase la autonomía propia del juez, no como sujeto individual, sino como titular y agente del poder público democrático (Andrés Ibáñez, 2001: 19).

Ese arquetípico proceso de formación integral para el arquetípico juez democrático tendría como objetivo la cualificación del candidato, el desarrollo de las habilidades necesarias para la aplicación de normas jurídicas a situaciones fácticas que, además, resultarán determinadas por otra serie de reglas, también jurídicas, entre las que destacarán las atinentes a la obtención y valoración de la prueba. La formación del juez democrático, entendida como proceso de capacitación, habría de completarse con la adquisición de habilidades que culminen esa transformación fundamental: de conocedor del Derecho a través del estudio académico —y, en su caso de la preparación de la oposición— a reconstructor de realidades fáctico-jurídicas complejas en las que, como se ha señalado, junto a los componentes normativos y fácticos que en ellas intervienen, lo hace la propia mente del juzgador. En esa labor constructiva, la razonabilidad exigible del juez no solo estaría conectada con la ley y su interpretación, sino con una comprensión holística del caso concreto, incluyendo su repercusión general, que el juzgador habría de llevar a la motivación. Tal labor no solo demandaría del juez la huida de formularios preconfigurados, o del *cortar y pegar* propio de los procesadores de textos informáticos, sino que añadiría una exigencia de implicación y notoriedad de la mente individual que decide (Arsuaga Acaso, 2017: 139).

4. BASES FORMATIVAS COMUNES: EL PERIODO PREVIO A LA CAPACITACIÓN DEL JUEZ DEMOCRÁTICO

En concordancia con lo hasta aquí expuesto, la capacitación del juez democrático será el resultado de un largo proceso. Su presupuesto es la base formativa relativa al conocimiento reglado del sistema normativo. La reglamentación de ese conocimiento, o su certificación, proviene de dos etapas sucesivas: los estudios universitarios en Derecho, conforme al artículo 302 LOPJ, y la superación de la oposición, conforme al 301.3 LOPJ. Como ya se ha apuntado, si bien la oposición no es el único modo de acceso a la carrera judicial, es el mayoritario. También es el preferente, pues el preámbulo de la propia LOPJ califica a los otros como «complementarios». Es el único que hace posible ingresar en la categoría de juez (Saiz Arnaiz, 2007: 8). La oposición como procedimiento reglado pertenece propiamente a lo que se conoce como selección, por lo que, sin ánimo de discutir su mayor o menor pertinencia, conveniencia o utilidad a tal fin —pues esa discusión es objeto de otro de los trabajos que se publican en este número de la revista—, este análisis se ciñe a considerar su faceta de formación: y la formación lo es en la medida en que la preparación y estudio de un temario de trescientos veintiocho temas, como el de la última convocatoria 2022-2023⁵, no puede minusvalorarse como parte del proceso formativo del candidato a juez.

4.1. LOS ESTUDIOS UNIVERSITARIOS EN DERECHO

La titulación universitaria de licenciatura o grado en Derecho es requisito para todas las vías de acceso a la carrera judicial, siguiendo el citado 302 LOPJ y el 313.2.a) LOPJ. Solo excepcionalmente los jueces de paz, que no son miembros de la carrera, quedan exentos del mismo. Para la oposición se exige estar en posesión del título, no que la media del expediente académico sea una superior a un determinado indicador. Solo en la fase de concurso para el acceso a la categoría de magistrado, en el *cuarto turno*, se considera como mérito el hecho de que la media sea superior al aprobado. Podría deducirse sin demasiada osadía que la titulación académica, y no una determinada formación jurídica, es, por tanto, el requisito, depositando realmente en el temario de la oposición la carga formativa que se exige, como mínima, para el acceso a la función jurisdiccional.

Más allá de esto, en estas páginas tampoco se pretende analizar la calidad y adecuación concreta de las actuales enseñanzas universitarias de grado en Derecho a las necesidades formativas de un juez. Los planes de estudio, que han de superar la acreditación y evaluaciones de la ANECA, incluyen unánimemente una aproximación a las disciplinas jurídicas en un sentido generalista y, dependiendo del plan en concreto, a determinadas áreas de especialización. A partir de ahí, los métodos docentes y de evaluación son los que decantarán la formación de los egresados bien hacia un conocimiento fundamentalmente memorístico del sistema normativo y de la doctrina, bien hacia uno más comprensivo y de enfoque práctico. Por conocimiento comprensivo se entiende aquel que integre el de las relaciones internas, dentro del propio sistema normativo, y la externas, del sistema con la sociedad en la que se inserta. De nuevo, sin menospreciar el conocimiento memorístico, se entiende que una metodología docente tendente a lo comprensivo y práctico favorecerá en mayor medida el desarrollo de las habilidades argumentativas y aplicativas que puedan aportarse, como bagaje formativo previo, a la capacitación posterior de cualquier profesional del Derecho⁶.

En relación con la fase universitaria de formación para las distintas profesiones jurídicas, se ha discutido sobre la inconveniencia de que otros operadores jurídicos, en concreto abogados y procuradores, deban cursar un postgrado oficial o máster que los habilite para el ejercicio de abogacía y procuraduría⁷, requisito que no se exige a los aspirantes a jueces y fiscales. Resolviendo la discusión, recientemente se ha implementado un máster específico, el Máster Oficial para el Ejercicio de la Función Jurisdiccional, que se integra en la formación inicial en la Escuela Judicial. En el epígrafe correspondiente al análisis de la formación inicial en la Escuela Judicial se harán las oportunas referencias a esta formación específica como postgrado universitario, a la que solo pueden acceder quienes hayan superado la oposición libre de acceso a la carrera judicial.

4.2. LA OPOSICIÓN LIBRE COMO FORMACIÓN

Como sistema de acceso general a la carrera judicial, la libre oposición es la base de la selección de jueces desde que la Constitución de 1869 la implantase en el inciso segundo

de su artículo 94 (Solla Sastre, 2007: 442; y Cancio Fernández, 2022: 569)⁸. Aunque no haya una disposición similar en la Constitución de 1978, las herencias del método de selección, que venía funcionando desde hacía un siglo, se aceptaron como algo natural. Su mejora o sustitución es un tema clásico de los debates académicos y de los del propio ámbito profesional sobre la conformación de la judicatura en España, como puede comprobarse en el correspondiente análisis que sobre esta cuestión acoge este número de la revista.

La aportación formativa es la vinculada a la preparación y estudio de los temarios que se vienen exigiendo para la superación de los distintos exámenes. Por tanto, esa fase de formación es el resultado de la memorización de más de trescientos temas, trescientos veintiocho en la última convocatoria. El temario se divide en bloques de Derecho constitucional, civil, penal, procesal civil, procesal penal, mercantil y un último bloque, conjunto, de administrativo y laboral. Si se revisa con detalle el temario, el mayor peso se atribuye a la legislación civil y penal, tanto en sus dimensiones sustantivas como adjetivas.

También analizadas en conjunto, tanto la proporción de temas por áreas como la composición del temario guardan una relación directa con el diseño de módulos formativos que los candidatos realizarán, si superan la oposición, en su primer año como jueces y juezas en prácticas en la Escuela Judicial. Visto de esta manera, el controvertido estudio memorístico que los candidatos deben hacer de cara a los tres exámenes de los que se compone la oposición pueden considerarse un presupuesto formativo habilitante. Serían años de estudio que los formarían en el conocimiento detallado de una parte considerable del Derecho positivo vigente, un conocimiento de gran importancia para su posterior incorporación al proceso de capacitación para el ejercicio de la función jurisdiccional que, propiamente, empieza en la Escuela Judicial.

4.3. RAZONABILIDAD E INSUFICIENCIA DE LA BASE FORMATIVA COMÚN: INTRODUCIENDO LA IMPORTANCIA DE LA ESCUELA JUDICIAL

Como ya se ha dicho, es la LOPJ, y no la Constitución, la que establece los sistemas de acceso a la carrera judicial, dando continuidad como sistema preferente al de libre oposición y reiterando la obligatoriedad de la titulación universitaria en Derecho. Ciertamente la ley, o incluso el constituyente, pudiera haber optado por diferentes sistemas de acceso a la función judicial, adoptando modelos de Derecho comparado como los descritos en otros estudios de este número de *Teoría & Derecho*. Aún pueden hacerlo. En cualquier caso, la razonabilidad del sistema actual y de ambos componentes como base formativa común es, a todas luces, aceptable.

Cuestión distinta es la de su suficiencia. Dentro del sistema existente, puede defenderse que los estudios universitarios en Derecho brindan un fundamento de comprensión y conocimiento del sistema normativo y su imbricación con la vida social y económica del país que puede considerarse importante. Esos estudios, además, deberían haber evolucionado metodológicamente con la incorporación de la Universidad española al Espacio Europeo de Educación Superior, potenciando el acercamiento a la práctica de las disciplinas jurídicas en el nivel de grado. Sin embargo, las universidades son muchas, los itinerarios curri-

culares han podido transcurrir por distintos caminos y la formación generalista no puede considerarse suficiente para la capacitación del juez democrático.

A su vez, la oposición, aun con un enfoque fundamentalmente memorístico, o precisamente por ello, supone una aportación importante de conocimientos normativos. Ciertamente, podrían modificarse algunas de las condiciones de las pruebas de acceso, exigiendo a los opositores un ejercicio práctico, al igual en el acceso a otros cuerpos jurídicos del Estado como el de registradores o notarios, o a semejanza que en el acceso a la propia carrera judicial a través del llamado «cuarto turno». Esa prueba práctica, que necesariamente tendría que entrenarse, se añadiría como elemento formativo y medidor de la aptitud básica del candidato para ejercer la función jurisdiccional.

Pero, volviendo a la suficiencia, no parece que la diferencia que la prueba práctica pudiera añadir a la preparación del opositor sería capaz de convalidar los contenidos formativos necesarios de su capacitación de cara al ejercicio de la función judicial. En definitiva, a falta de ese calentamiento práctico, el momento de esos contenidos y habilidades empieza en la Escuela Judicial. Es ahí donde se forma a los preseleccionados para ser jueces o juezas y se les orienta hacia un ejercicio concreto del Derecho, el de un poder del Estado (Blasco Gascó, 2000: 18). La Escuela Judicial sigue un programa de formación y capacitación que quiere cubrir, en tres etapas y en lo posible, todo ese espectro de lo formativo que no ha estado presente en esa necesaria, pero insuficiente, base común.

5. LA FORMACIÓN INSTITUCIONAL DENTRO DE LA CARRERA: LA ESCUELA JUDICIAL

El artículo 301.3 LOPJ dispone: «El ingreso en la carrera judicial por la categoría de juez se producirá mediante la superación de oposición libre y de un curso teórico y práctico de selección realizado en la Escuela Judicial». Empieza aquí la capacitación del juez, a través de una formación específica orientada, ya sí, a la que en el futuro será su labor. Teniendo en cuenta que la oposición es, hoy por hoy, conjunta para el cuerpo de jueces y fiscales, es el ingreso en la Escuela el que marca el comienzo de una formación diferenciada de la que puede ser común a otras profesiones, también funcionariales, para las que se requieren conocimientos jurídicos.

Ese curso teórico y práctico, dice la ley, aún se considera parte del proceso de selección: su superación es obligada para el juez o la jueza, con consideración de funcionario en prácticas, quien solo se incorporará definitivamente al ejercicio de la función judicial tras la fase de Escuela. La ley también dispone el paso obligado por la Escuela Judicial para quienes se presenten al acceso en el llamado *cuarto turno*, que abre el ingreso en la categoría de magistrado para juristas con más de diez años de experiencia profesional —artículo 301.5 y cuarto inciso del 311.1 LOPJ—, si bien las características y la extensión de las respectivas formaciones, en uno y otro turno, son distintas⁹.

No se es juez ni magistrado sin la fase de la Escuela. De hecho, la LOPJ prevé en su artículo 309 la posibilidad de que, quien no la supere, pueda repetirla, pero por una sola vez. Esa obligatoriedad confirma el doble objetivo de la programación de los referidos cursos: formación para la capacitación. Así se predetermina en las normas que rigen el funcionamiento de la Escuela, empezando por el artículo 307 LOPJ, que en su apartado 1 le atribuye la función de «[...] proporcionar una preparación integral, especializada y de alta calidad a los miembros de la carrera judicial, así como a los aspirantes a ingresar en ella».

5.1. EL MARCO REGULADOR DE LA ESCUELA JUDICIAL: ALGUNAS DISPOSICIONES BÁSICAS

La Escuela Judicial es una creación de la LOPJ. Esta recoge y amplía la previa experiencia de proporcionar una formación especializada e institucionalizada a quienes fueran a integrarse en la carrera judicial, práctica que venía implementándose desde los años cincuenta del siglo pasado bajo la dirección del Ministerio de Justicia. Pero, a diferencia de lo que puede ocurrir con ciertas inercias anteriores en el seno de la judicatura, la creación de la actual Escuela Judicial aspiró sin complejos a una nueva metodología y orientación en la formación. Esto permite afirmar que sobre la actual Escuela Judicial apenas pesan más herencias que las de sus recientemente celebrados veinticinco años de funcionamiento (de 1997 a 2022).

En efecto, la fundación de la nueva Escuela Judicial del CGPJ tuvo lugar a mitad de los años noventa del siglo XX. Coincidió con la plena toma de conciencia de la necesidad de brindar una capacitación específica, como jueces democráticos, a los aspirantes de nuevo ingreso, así como de la de ofrecer renovación y actualización constantes al resto de integrantes de la carrera. Ello se produjo tras la atribución al CGPJ de toda competencia en formación de jueces y magistrados a través de una reforma de la LOPJ¹⁰.

Esa competencia, que como se ha dicho había estado dentro del ámbito de acción del Ministerio de Justicia, se desarrolló, sin solución de continuidad, mediante un Reglamento, el número 2/1995 de 7 de junio, aprobado por el propio CGPJ sobre la base de lo establecido en el reformado artículo 560.1.11.^a de la LOPJ. Las referencias a la Escuela, sus funciones y organización aparecen en distintos lugares de la LOPJ. En lo que aquí interesa, cabe subrayar que el inciso segundo del artículo 307.1 LOPJ dispone que la Escuela tendrá una doble proyección: por una parte, sobre la formación inicial de quienes vayan a ingresar en la carrera y, por otra, sobre la formación continua de quienes ya se hallan en ella.

Los apartados 2 a 7 del artículo 307 de la LOPJ prevén el diseño de las etapas de la formación inicial o de capacitación para los aspirantes. El 433 bis de la LOPJ es el que prefigura el marco de la formación continua, con una programación plurianual que marcará, entre otras cuestiones, posibles ascensos y accesos a jurisdicciones especializadas — menores, contencioso o social—. Tanto en un caso como en otro, el desarrollo y las etapas de la formación se establecen, respectivamente, a través de una planificación reglada: la

formación inicial a través de programas diseñados para cada promoción de nuevo ingreso; la formación continua a través de planes, tanto estatales como descentralizados. Estos últimos, los descentralizados, se organizan, además, en colaboración con las comunidades autónomas que tienen competencias relativas a la Administración de Justicia (Fernández de Frutos, 2022: 261).

5.2. LA FORMACIÓN INICIAL: LA CAPACITACIÓN DE LAS JUEZAS Y DE LOS JUECES EN PRÁCTICAS

En la fase de formación inicial empieza propiamente la capacitación para el ejercicio de la función judicial, con un apretadísimo programa de trabajo dividido en tres fases y orientado, fundamentalmente, a la práctica. Se diría, pues, que es una formación profesional y técnica en la que solo la primera de las tres fases incluye una programación docente referida a contenidos normativos, pero que, incluso en esa fase, son impartidos con orientación eminentemente práctica. Se trata, en definitiva, de tres etapas orientadas a la futura labor de las juezas —que, progresivamente, se han ido haciendo mayoría¹¹— y los jueces en prácticas.

5.2.1. La fase presencial

La fase presencial transcurre durante un mínimo de nueve meses en la sede barcelonesa de la Escuela Judicial. Desarrolla un programa teórico-práctico de formación multidisciplinar. La base de dicho programa es la docencia ordinaria, dividida en tres ramas fundamentales: Derecho constitucional y de la Unión Europea; Derecho penal y procesal penal; Derecho civil y procesal civil.

El claustro de docentes está integrado, mayoritariamente, por miembros de la carrera judicial con categoría de magistrado, así como por fiscales, docentes provenientes de universidades públicas y, en su caso, de otras esferas del funcionariado especializado. Una aproximación a las actividades formativas de esta fase servirá para presentar los objetivos de aquellas, así como para valorar su adecuación a la finalidad de capacitar para la función judicial.

5.2.1.1. *Aplicación de normas y solución de conflictos: la aproximación del Derecho a la realidad de su práctica.*

Como se ha señalado al analizar la distribución del temario de la oposición, el protagonismo de las jurisdicciones civil y penal en los planes de trabajo de la Escuela es muy significativo. Su justificación radica en el hecho de que será en esas jurisdicciones en las que los jueces en prácticas hallarán normalmente sus primeros destinos. El objetivo de la docencia de esas áreas, partiendo de los conocimientos teóricos adquiridos en la oposición, es el desarrollo de las habilidades y capacidades exigidas para el dominio práctico de los

procesos propios de la primera instancia civil y de la instrucción penal. A tal efecto, el enfoque metodológico de la docencia se apoya en el trabajo con casos. El llamado método del caso se basa en la reconstrucción de expedientes reales distinguiendo tres modalidades: casos abiertos o estudio de expedientes judiciales completos; casos secuenciados, en los que el acceso a la información de expedientes será paulatino y obligará a tomar decisiones sobre la dirección del proceso; o casos abiertos, que consisten en el seguimiento simultáneo de procesos en colaboración con uno o más juzgados.

En esa línea de enfoque experiencial se sitúan también las llamadas simulaciones. Al igual que otras acciones de formación basadas en la figuración de lo real —juzgado de guardia o declaraciones críticas, por ejemplo—, las simulaciones son *performances* meticulosamente preparadas en las que lo reglado y ensayado se pone al servicio de un desarrollo situacional y un desenlace abierto. Para las simulaciones, la Escuela Judicial cuenta con actores profesionales que interpretan los roles de testigos y partes. Constituyen una herramienta clave en el desarrollo de habilidades de gestión y dirección de actuaciones orales.

Junto a ello, se diversifican las acciones formativas y, más allá de las clases teórico-prácticas, centradas en la dimensión jurídica del trabajo en el juzgado, a las juezas y a los jueces en prácticas se les sitúa en contextos ajenos a la misma, es decir, en la realidad social y laboral en la que tendrán que desenvolverse. Así, se les *envía* a realizar estancias o se les pone en conexión con diferentes ámbitos profesionales e institucionales con los que tendrán que colaborar en su práctica cotidiana: fiscalías, abogados, procuradores, centros penitenciarios, fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, peritos, agentes sociales, notarías, registros de la propiedad, servicios de atención a las víctimas, centros de internamiento de extranjeros, hospitales, institutos anatómicos forenses, aeropuertos, asociaciones de cooperación u observatorio sobre la violencia de género, medios de comunicación, etc.

La formación especializada civil y penal tendrá su continuación en las fases siguientes, que son las de prácticas tuteladas, sustitución y refuerzo. No obstante, en esa fase inicial la especialización civil y penal se completa con otra serie de seminarios de expertos y foros específicos, ente ellos, de nuevo sin ánimo de exhaustividad, los dedicados al Derecho de familia, la discapacidad, la filiación, los derechos de la personalidad, la cooperación internacional en su doble dimensión —civil y penal—, la instrucción para procedimientos con jurado, el estatuto de la víctima, la criminalística, las causas complejas, la extranjería, los menores o los delitos de odio.

El Derecho constitucional y de la Unión Europea tiene un protagonismo más destacado en la formación inicial que en la fase de oposición. Su importancia está ligada a la función de los jueces como corresponsables en el control de constitucionalidad de la ley, como garantes de los derechos fundamentales y como aplicadores del Derecho de la Unión, ese ordenamiento jurídico complejo y directamente invocable por los particulares en condiciones tasadas por la jurisprudencia del TJUE. En ese ámbito, la docencia tiene una vocación de transversalidad, especialmente en lo que respecta a la conexión entre la Constitución,

la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Responde, pues, a la exigencia constitucional de integrar los principios y los valores de la ley fundamental, incluidos los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales cuya interpretación resulte vinculante —artículo 10.2 CE— en los modos de toma de decisión, argumentación y motivación de los futuros jueces.

Por una parte, se presenta a las juezas y a los jueces en prácticas la complejidad del actual sistema constitucional de fuentes del Derecho, en su conexión con el Derecho de la Unión Europea y con las obligaciones internacionales derivadas de Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sobre la base de casos, a través del análisis aplicado de la jurisprudencia de los tribunales europeos, el TEDH y el TJUE, se les presentan situaciones de conflicto de normas y se les solicita una respuesta conforme con el sistema de fuentes que salvaguarde tanto los derechos de los particulares, si estuvieren en juego, como las obligaciones del Estado español frente a la Unión Europea y el Consejo de Europa.

Por otra parte, se les sitúa ante supuestos críticos, de esos que obligan al juez a adoptar decisiones relativas a la salvaguarda de derechos fundamentales sustantivos. Se hace hincapié en la faceta de la imparcialidad judicial como derecho vinculado a la tutela judicial efectiva sin indefensión, así como en los derechos de libre expresión e información que rodean a los procesos judiciales. En conexión con los ámbitos de la jurisdicción civil y penal, se enfocan las controversias entre los derechos de la personalidad y las libertades de comunicación pública, así como la confrontación de estas con la frontera del discurso discriminatorio y la incitación al odio. El principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación, con especial atención a la perspectiva de género, constituyen otro pilar que, específicamente desde el Derecho constitucional y, transversalmente, en el resto del programa de trabajo en la Escuela, se intenta apuntalar para reforzar la visión crítica de los jueces ante situaciones contrarias a esos parámetros constitucionales.

La formación específica en Derecho constitucional y de la Unión Europea se completa con otras actividades adicionales, encaminadas a desarrollar habilidades como el manejo de bases de datos de jurisprudencia constitucional y europea o el seguimiento de los pormenores del procedimiento legislativo, aspecto básico para la interpretación de la ley. En otra línea, la Escuela Judicial realiza un esfuerzo especial por acercar a las juezas y los jueces en prácticas a las instituciones de la Unión Europea y del Consejo de Europa. Cuando ha sido posible, esta actividad se ha desarrollado presencialmente y, cuando no lo ha sido, especialmente durante la fase de encierro y cierre de fronteras por la pandemia, se han ideado las formas para que, mediante conferencias en remoto, pudieran lograrse parte de los objetivos de ese contacto institucional: la concienciación de los participantes como jueces europeos.

Las tres áreas básicas, por último, no son compartimentos estancos: bajo la coordinación de la jefatura de estudios, y con la revisión continua del progreso del curso por parte del claustro de profesores, se aspira a una coordinación de contenidos y tiempos que incluye ciertas actividades formativas de carácter transversal. Pueden señalarse, en los últimos años, las dedicadas a cuestiones relativas a infancia y adolescencia, a la sociedad

de la información, con sus riesgos, complejidades y oportunidades, o al fenómeno de la ocupación ilegal de viviendas.

A esa formación jurídico-práctica, civil, penal y constitucional, se añade la relativa al ejercicio de la jurisdicción en los ámbitos especializados: social, contencioso-administrativo, mercantil y de menores. Esto está motivado por la previsión de que algunos de los aspirantes a jueces tengan primeros destinos en juzgados de esas especialidades. También, dentro de la esfera de lo jurídico, y desde una perspectiva igualmente práctica, se revisa el Derecho orgánico, propio de la organización de la Administración de Justicia y la carrera judicial; se integra el manejo de la normativa sobre protección de datos en el trabajo práctico con las distintas materias; y se forma sobre el Derecho electoral, considerando la presencia de algunos de ellos en juntas electorales de zona para los distintos procesos electorales.

5.2.1.2. Las otras, indispensables, herramientas básicas: de la ética a la lingüística, de la comprensión y diagnóstico de problemas a la atención a la diversidad

Si la base del plan de formación inicial en la Escuela Judicial es la docencia práctico-jurídica, las unidades formativas para capacitación de los futuros jueces no se agotan ahí. Al contrario, la adecuada capacitación para la función jurisdiccional demanda atención a otra serie de habilidades que son tan fundamentales como las del dominio del sistema normativo y de sus condiciones de aplicación, pero que no están presentes en las etapas formativas comunes previas al ingreso en la Escuela, por más que algunos aspirantes las hayan adquirido por diferentes vías.

Significativamente, las primeras jornadas de trabajo de los aspirantes de nuevo ingreso se dedican al desglose y el debate sobre los principios y valores éticos propios de la función jurisdiccional. El enfoque es, de nuevo, práctico y responde a una metodología inductiva, pues parte de relatos. Se describen situaciones con las que cualquier juez puede encontrarse dentro y fuera de su práctica profesional. A partir de ellas, se reflexiona sobre las actitudes éticas a adoptar, reconstruyendo a través de dinámicas de grupo un código deontológico que es contrastado con los principios básicos declarados para el mismo, principios que se integrarán, desde ese momento, en el resto de las actividades formativas de manera transversal. A continuación, esas jornadas iniciales incluyen una toma de contacto de cada aspirante con sus propias habilidades de comprensión, análisis y solución de problemas a través de una *prueba de síntesis* que les obliga, en cinco horas, a elaborar un informe jurídico sobre una cuestión común y con la base, también común, de un dossier integrado por distintas clases de fuentes: de naturaleza jurídica, informativa, técnica, testimonial o de pensamiento. El informe se corrige y los docentes del claustro lo discuten con cada aspirante personal e individualmente.

Por su parte, la atención a la diversidad es un componente transversal en la programación de la Escuela y, como ya se ha anotado, acapara sesiones específicas sobre juventud e infancia o discapacidad. La perspectiva de género constituye un factor clave en ese ámbito.

Para potenciar su transversalidad se llevan a cabo sesiones específicas, coordinadas con la Comisión de Igualdad y el Observatorio de Violencia de Género del CGPJ. Por una parte, en el transcurso de estas se pone a los aspirantes ante los estereotipos a cuestionar y, por otra, se les obliga a evaluar resoluciones, o situaciones en las que la perspectiva de género constituye un factor determinante para que valoren si ha sido adecuadamente atendido o si, por el contrario, ha sido ignorado.

A través de toda esta formación específica se pretende, pues, el desarrollo de esas habilidades de comprensión, análisis y resolución, que incluyan la valoración de aspectos no necesariamente indicados en las normas jurídicas. Entre ellos, destaca por su importancia crítica el del desarrollo de habilidades lingüísticas, empezando por las del español. Con tal propósito, a lo largo de todo el curso participan en un taller de escritura jurídica que comienza con análisis críticos de resoluciones judiciales ajenas, pero que progresa hacia otros, no menos críticos, sobre las que los mismos aspirantes hayan redactado como material evaluable para las distintas pruebas de docencia ordinaria. En el curso de todo este proceso, se insiste en la atención al lenguaje inclusivo y a las adaptaciones necesarias para la comprensión de lo que se diga o escriba cuando la destinataria sea, principalmente, una persona con discapacidad.

No se olvidan, ni mucho menos, las lenguas autonómicas, si bien, por su especificidad, su estudio y perfeccionamiento tienen carácter opcional. La Escuela facilita la formación en lenguas oficiales y la realización de exámenes de nivel. En conexión con ello, también oferta formación en Derecho foral, dado que esa doble habilitación, acreditada, puede contar como mérito para los aspirantes a la hora de seleccionar sus destinos. En cuanto a la lengua de la cooperación internacional, el inglés, también se imparten clases adaptadas al nivel previo de cada aspirante.

En este afán por detallar las herramientas con las que la formación inicial quiere dotar a los aspirantes, se concluye apuntando a otros dos elementos: el estudio práctico de una disciplina tan básica, y tan ajena a los estudios de grado en Derecho, como la contabilidad; y el entrenamiento en una técnica tan necesaria, intuitiva para algunas generaciones y dificultosa para otras, como la informática.

La evaluación de esta fase del curso teórico-práctico se realiza en la Escuela Judicial a partir de los resultados de las pruebas y los ejercicios. La evaluación exige la superación de las de cada área docente y hay un apartado reservado a las actitudes —dedicación, participación y compromiso— que, por pequeño que sea, no deja de ser significativo: se exige una actitud proactiva y un alto grado de responsabilidad a quienes van a decidir sobre cuestiones determinantes en la vida de personas y en el funcionamiento de la sociedad.

5.2.2. La fase de prácticas tuteladas

Si la primera etapa de la formación inicial ya se orienta al ejercicio de la función jurisdiccional a través de un plan de trabajo en el que la formación teórica es el apoyo para el desarrollo de habilidades de integración —norma y hechos— y de ejecución de tareas, las

siguientes etapas son puramente prácticas. Su objetivo no es otro que introducir a las juezas y a los jueces en formación en los juzgados de manera progresiva: primero, en condición de alumnos en prácticas, y posteriormente con funciones de apoyo a órganos judiciales.

La fase de prácticas tuteladas se estructura de la siguiente manera: a través de la Escuela Judicial se establece una red de tutores, coordinados territorialmente por los Tribunales Superiores de Justicia, que durante un periodo de seis meses se convierten en los formadores de los aspirantes en la práctica judicial. A lo largo de ese periodo, bajo la condición de juezas y de jueces adjuntos, pasan sucesivamente por juzgados de primera instancia o mixtos, de familia, de instrucción, de violencia sobre la mujer, de lo social y de lo contencioso-administrativo. Se integran, por tanto, en órganos de todos los órdenes jurisdiccionales para realizar labores de auxilio y colaboración con una serie de objetivos formativos marcados por el desarrollo de habilidades, entre ellos la dirección de actos orales, la redacción de borradores y proyectos de resolución, la relación con la Oficina Judicial, la relación con los profesionales que actúan en y en torno al proceso y la racionalización del tiempo o gestión de la agenda, incluido el servicio de guardia.

El desempeño de los aspirantes en las prácticas tuteladas es objeto de evaluación sobre la base de los informes de los tutores y bajo la deliberación del claustro de la Escuela Judicial. Los informes deben detallar y fundamentar en qué grado se ha alcanzado el desarrollo de competencias específicas, como las técnicas básicas, tanto jurídicas como de redacción, las de organización y planificación, aplicación, análisis, síntesis, comunicación oral y relaciones sociolaborales.

5.2.3. La fase de sustitución y refuerzo

La última etapa de la formación inicial supone la entrada en funciones de los aspirantes, que durante cinco meses están a las órdenes de los Tribunales Superiores de Justicia para desempeñar labores de sustitución y refuerzo allí donde sean requeridos. Supone la prueba final, y definitiva, antes de formalizar su incorporación a la función jurisdiccional tras la elección de destino y la entrega de despachos.

Debe hacerse notar que, incluso en esta etapa, es preceptivo que el presidente del Tribunal Superior de Justicia, aquel a cuyas órdenes haya estado cada aspirante, informe sobre el rendimiento y calidad de su desempeño, calificándosele en función de estos criterios como apto o no apto. La sustitución y refuerzo es el periodo final de un largo proceso de formación para la capacitación, en el que las futuras juezas y los futuros jueces están sometidos a un escrutinio continuo.

5.2.4. El Máster en el Ejercicio de la Función Jurisdiccional

El último de los aspectos que se reseñará en relación con la formación inicial, conectando la fase presencial con las prácticas tuteladas, es la reciente integración de la programación docente y de evaluación de desempeño de la Escuela Judicial en el Máster en el Ejercicio de la Función Jurisdiccional¹².

Son dos cursos o promociones ya los que han accedido a esta fórmula, que otorga a la formación inicial de la Escuela Judicial el nivel académico de postgrado oficial. Este máster funciona gracias a la colaboración con la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Se imparte en paralelo y en concurrencia con la docencia y los seminarios internos, convalidándose las prácticas tuteladas por los créditos correspondientes a másteres de perfil profesional. Se aprovecha, por tanto, el diseño curricular que la propia ley indica para la capacitación de los jueces. Entre los objetivos de esa formación convergente figura el de que las juezas y los jueces que terminen, y culminen con éxito, la densa y multifacética formación de la Escuela obtengan un título equiparable al que se exige para otros profesionales del ámbito de los juzgados, en concreto los abogados y los procuradores. En muchos sentidos, esa formación durante muchas promociones ya había sido un máster sin título de tal, por lo que tiene pleno sentido la convergencia lograda con el apoyo de la universidad.

5.3. BREVE NOTA SOBRE LA FORMACIÓN CONTINUA

La formación inicial es solo el primer impulso de un proceso, el de la formación del juez democrático, pero no puede acabar ahí. Al servicio de formación continua de la Escuela Judicial le corresponde la misión de renovación de competencias y conocimientos, renovación que, en parte, pero no exclusivamente, está relacionada con la actualización de contenidos jurídicos. Sin duda, la actualización de contenidos jurídicos resulta necesaria, dadas las constantes innovaciones y adaptaciones que se producen en el sistema normativo, pero los cambios y las transformaciones también tienen lugar en el ámbito de trabajo de los jueces, en el contexto social y económico, en la composición de la población cuyos derechos tutelan o, por poner otro ejemplo, en la manera en la que las políticas públicas, estatales y supranacionales, afectan a la función judicial.

Esta formación continua, en su doble vertiente de formación centralizada y descentralizada, juega un papel fundamental en la actualización integral de las competencias profesionales del juez, confirmando tres principios que se han consolidado desde que el modelo de la actual Escuela Judicial se puso en funcionamiento: el principio de acuerdo con el cual la formación judicial ha de estar a cargo, fundamentalmente y sin perjuicio de otras aportaciones ajenas a la institución judicial, por las propias juezas y juezas y magistradas y magistrados; el principio de que el juez democrático no puede permanecer, como en una zona de confort, en el estado de conocimiento y desarrollo de habilidades con el que, tras la oposición, salió de la fase inicial en la Escuela Judicial; y, por último, el principio de que la formación del juez democrático tiene que ser multidisciplinar y multifacética, y que, por tanto, es obligado integrar aspectos transversales que tienen que ver con los propios valores constitucionales, con la comprensión de la sociedad y la sensibilización hacia la pluralidad de la misma. Por lo demás, un análisis detallado de las propuestas, acciones y directrices que guían la programación de la formación continua merecería otro artículo de similar extensión a este, que ya corre el riesgo de haberse hecho demasiado largo.

6. CONCLUSIONES

Este trabajo partía de una serie de reflexiones sobre la singularidad del perfil de juez democrático que exige la compleja realidad actual. En el caso del Estado español, ese juez democrático se ha construido sobre la base de la judicatura existente en la Transición, pero tanto sus funciones como su perfil profesional se han visto profundamente transformados. Conseguir un cuerpo judicial formado y entrenado, en el sentido que en inglés tiene la palabra *training* en relación con la capacitación profesional es una prioridad del sistema democrático y, por ello, es lógico que el esfuerzo institucional que se desarrolle en torno a esa formación sea ingente. También es lógico que, por lo que respecta a los contenidos y habilidades a desarrollar por el juez, esa formación tenga un componente fuertemente jurídico y técnico, pero no es menos lógico que se extienda también hacia otros campos de conocimiento y capacitación que completen el perfil del juez democrático. En ese empeño, el de la capacitación de los aspirantes a juez para ser, más que autoridades, poderes democráticos, la Escuela Judicial tiene una importancia crucial: si hasta su ingreso en ella, los aspirantes tienen la misma formación que los integrantes de otros cuerpos jurídicos del Estado, a partir de ese momento tendrán una responsabilidad muy particular y una formación que aspira a cubrir sus exigencias.

La formación inicial impartida en la Escuela Judicial que deben seguir quienes superen la oposición libre pone el acento en esa necesaria transformación. No se trata de una capacitación moral ni meramente técnica. Su ambición es bastante más elevada, entre otros motivos porque no pretende uniformizar personas o personalidades, sino capacitar a jueces y jueces democráticos que provienen de —y regresan a— la sociedad plural en la que actuarán en el ejercicio de la función jurisdiccional. La densidad y diversidad del programa formativo de la Escuela Judicial así lo atestiguan. Se trata, dicho sintéticamente, de una capacitación integral para el ejercicio de la función jurisdiccional y de una concienciación del sentido democrático de esa tarea: ser auténticos garantes de los derechos fundamentales y sólidos depositarios del ejercicio de un poder del Estado. Tal concienciación lleva aparejada la asunción de las repercusiones que sus decisiones tendrán sobre las partes de los procesos de los que conozcan, así como sobre la propia integridad del sistema constitucional, también en su conexión con los compromisos supranacionales e internacionales del Estado español.

NOTAS

1. La longeva Ley provisional sobre organización del Poder judicial, de 15 de septiembre de 1870, se revisó por la Ley 42/1974, de 28 de noviembre, de Bases, Orgánica de la Justicia, si bien su derogación solo se ultimó a través de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial.
2. Algo más concreto que esa estructura en red, la del Derecho postmoderno que define François Ost y a la que alude Manuel Atienza, dentro de la cual la función del juez se caracterizaría como comunicativa (1998: 36)
3. No puede llegar a considerarse como control judicial de la ley, que sí previó la Constitución de 1931 en su artículo 100 para la II República española, aquella consulta judicial de inconstitucionalidad que

posteriormente, en su desarrollo legislativo, se condicionó a la acción del Tribunal Supremo (Cruz Villalón, 1982: 133).

4. La reflexión y la puntualización coinciden con la visión de Atienza (1998: 38) sobre las necesarias virtudes judiciales, que merece la pena reproducir aquí: «No se trata, de ninguna manera, de entrar en la vida privada del juez en cuanto individuo, sino de fijar cómo debe ser el juez en cuanto órgano público, en cuanto titular de uno de los poderes —quizás el mayor— del Estado, y en la medida en que ejerce ese poder».

5. Acuerdo de 28 de octubre de 2022, de la Comisión de Selección a la que se refiere el artículo 305 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por el que se convocan pruebas selectivas para la provisión de plazas de alumnos y alumnas de la Escuela Judicial, para su posterior acceso a la carrera judicial por la categoría de juez, y plazas de alumnos y alumnas del Centro de Estudios Jurídicos, para su posterior ingreso en la carrera fiscal por la categoría de abogado fiscal (BOE, núm. 263, de 2 de noviembre de 2022).

6. Por ello, desde el Consejo de Europa, por ejemplo, se recomienda que la formación universitaria en derechos humanos se incorpore «como materia horizontal a todas las disciplinas jurídicas» (Bustos Gisbert y Pastrana, 2018: 528).

7. Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador.

8. Advierte Solla Sastre (2007: 443-447) que lo que en 1869 se entendía por oposición no se corresponde con el sistema orientado a la comprobación del saber jurídico del juez, a su vez orientada al desarrollo de una aptitud técnica como aplicador de normas, sino a la evaluación del mérito, como aptitud moral, muy vinculada a la reputación social, y del saber práctico.

9. Sobre las características del curso obligatorio para el acceso en el «cuarto turno», *vid.* el apartado D de la disposición séptima de la última convocatoria habida (BOE núm. 283, de 26 de octubre de 2020).

10. En la reforma de la LOPJ que realiza la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre.

11. Pueden consultarse las estadísticas publicadas en la página de la Escuela Judicial sobre el alumnado de las sucesivas promociones y comprobar el aumento, progresivo e imparable, del número de juezas sobre el de jueces en prácticas. Información disponible en: <<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Escuela-Judicial/Formacion-Inicial/Estadisticas/>>. [Consulta: 13/12/22.]

12. Acuerdo de 22 de diciembre de 2020, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Convenio de colaboración con la Universidad Nacional de Educación a Distancia para la obtención de un título oficial de máster relacionado con el ejercicio de la función jurisdiccional de los alumnos/as de la Escuela Judicial (BOE núm. 8, de 9 de enero de 2021).

BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (2001): «Ética de la función de juzgar», *Jueces para la democracia*, 40, 19-24.
- (2021): «La independencia judicial y su endémico déficit de garantías», *Legebiltzarreko Aldizkaria —LEGAL— Revista del Parlamento Vasco*, 2, 8-33.
- ARSUAGA ACASO, Teresa (2017): «La literatura en la formación de jueces y abogados», *Anuari de Filologia. Estudis de Lingüística*, 7, 125-148.
- ATIENZA, Manuel (1998): «Virtudes judiciales. Selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho», *Claves de razón práctica*, 86, 32-42.

- BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula (2000): «Sobre la necesidad de formación de los jueces», *Jueces para la Democracia*, 38, 17-24.
- BUSTOS GISBERT, Rafael y Eva PASTRANA (2018): «“Good training for good judgments”. El programa HELP (Human Rights Education for Legal Professionals) de formación en derechos humanos del Consejo de Europa», *Teoría y Realidad Constitucional*, 42, 527-538.
- CANCIO FERNÁNDEZ, Raúl C. (2022): «Apuntes histórico-constitucionales y de derecho comparado en torno al ingreso y formación en la judicatura española: un modelo reificante», *Teoría y Realidad Constitucional*, 50, 561-585.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro (1982): «Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 5, 115-146.
- FERNÁNDEZ DE FRUTOS, Marta Elena (2022): «La incidencia del Estado autonómico en la selección y formación de jueces y magistrados», *Revista d'estudis autonòmics i federals*, 35, 239-281.
- FIORAVANTI, Maurizio (2004): *El Estado moderno en Europa. Instituciones y Derecho*, Madrid: Trotta.
- CGPJ (2007): *Libro blanco sobre la formación continua de jueces y magistrados*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- LÓPEZ GUERRA, Luis (2018): «El papel del juez en una sociedad democrática», *Revista de Estudios Jurídicos*, Segunda Época, 18, 1-16.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo (2009): «Juez, Constitución y Ley. Reflexiones sobre el poder judicial», en M. Revenga Sánchez (coord.), *El Poder Judicial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 79-111.
- (2017): «La independencia y el gobierno de los jueces. Un debate constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, 40, 351-368.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro (2007): «La reforma del acceso a la carrera judicial en España: algunas propuestas» [en línea] <<https://www.fundacionalternativas.org/wp-content/uploads/2022/07/xmlimport-gdArfC.pdf>>. [Consulta: 04/04/2023.]
- SOLLA SASTRE, María Julia (2007): «Finales como principios: desmitificando la Ley Orgánica de tribunales de 1870», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 2007, 427-466.

Fecha de recepción: 1 de febrero de 2023.

Fecha de aceptación: 23 de abril de 2023.

MIRAR HACIA FUERA PARA VERNOS BIEN. EL SISTEMA ESPAÑOL DE
ACCESO A LA JUDICATURA A LA LUZ DEL MODELO ITALIANO*
*LOOKING OUTWARDS TO LOOK GOOD. THE SPANISH SYSTEM OF
ACCESS TO THE JUDICIARY IN THE LIGHT OF THE ITALIAN MODEL*

Cristina García Pascual

*Catedrática de Filosofía del Derecho
Universitat de València*

«Un rimedio [...] sarebbe quello di far fare ad ogni magistrato, una volta superate le prove d'esame e vinto il concorso, almeno tre giorni di carcere fra i comuni detenuti, e preferibilmente in carceri famigerate come l'Ucciardone o Poggioreale. Sarebbe indelebile esperienza, da suscitare acuta riflessione e doloroso rovello ogni volta che si sta per firmare un mandato di cattura o per stilare una sentenza».

(Sciascia, 1989: 75)

RESUMEN

Las distintas formas en que se articula el acceso a la judicatura, junto con la primera formación que reciben los jueces, reflejan una manera de entender el Derecho y la función de la jurisdicción en el Estado constitucional. En este artículo se expone y analiza el sistema italiano de selección y formación inicial de jueces y magistrados y, utilizando la metodología del Derecho comparado, se extraen críticas y propuestas para el sistema español de acceso a la judicatura.

PALABRAS CLAVE

Jurisdicción, acceso a la judicatura, pruebas de acceso, formación de jueces.

ABSTRACT

The different ways in which access to the judiciary is articulated together with the first training that judges receive reflect a way of understanding what law is and the role that jurisdiction has in the constitutional State. In this article, the Italian system of selection and initial training of judges and magistrates is presented and analyzed and, using the methodology of comparative law, criticisms and proposals are drawn for the Spanish system of access to the judiciary.

KEY WORDS

Jurisdiction, entrance examinations, recruitment, training of judges.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2023.067>

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación «Tiempos y espacios de una justicia inclusiva. Derechos para una sociedad resiliente frente a los nuevos retos. IN_JUSTICE». Ref. PID2021-126552OB-I00.

MIRAR HACIA FUERA PARA VERNOS BIEN. EL SISTEMA ESPAÑOL DE ACCESO A LA JUDICATURA A LA LUZ DEL MODELO ITALIANO

Cristina García Pascual

Catedrática de Filosofía del Derecho
Universitat de València

Sumario: 1. Centralidad de la jurisdicción y complejidad de la tarea de juzgar. Patologías y exigencias del estado constitucional. 2. Los términos de la comparación. Reclutamiento de jueces y magistrados en España y en Italia. 2.1. El reclutamiento y la formación inicial de los jueces en Italia. 2.2. Reclutamiento y formación de los jueces en el orden jurídico español. 3. El sistema español de acceso a la judicatura frente al espejo italiano. Notas. Bibliografía.

1. CENTRALIDAD DE LA JURISDICCIÓN Y COMPLEJIDAD DE LA TAREA DE JUZGAR. PATOLOGÍAS Y EXIGENCIAS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Una característica común a las democracias contemporáneas es, sin duda, la centralidad de la jurisdicción. Basta escuchar los noticiarios o asomarse a la actualidad para identificar un sinnúmero de polémicas públicas —no solo conflictos entre privados— que terminan o empiezan en sede judicial. En el marco del Estado constitucional, la esfera política, pero también las esferas económica y cultural —la vida privada y pública— parecen sometidas a un proceso constante de judicialización, fiel reflejo de la diversidad y conflictividad que alimenta el devenir de nuestras sociedades. Esta tendencia siempre ascendente se percibe, a veces, como un progreso, como un estadio civilizatorio avanzado o como la expresión del modo en que las formas pacíficas de resolución de conflictos se imponen al enfrentamiento

crudo, las luchas de poder o la fuerza bruta. Otras veces, en cambio, se presentan como una patología, como un retroceso, como una expresión, una más, de la crisis de los Estados de Derecho, de la política y, finalmente, de la democracia.

Ambas percepciones podrían ser certeras. El Estado de Derecho canaliza el conflicto a través de la ley, transforma los enfrentamientos políticos y sociales en debates jurídicos, en disquisiciones ante los tribunales, en disputas en nombre del Derecho y sobre el Derecho¹. Coherentemente, las constituciones contemporáneas reservan a la instancia judicial un lugar privilegiado en la estructura de los poderes del Estado, en la que no solo el tribunal constitucional es el guardián de la norma fundamental, sino también cada uno de los jueces individuales, obligados a interpretar todo el ordenamiento conforme a ella. La centralidad de la jurisdicción se acompaña, así, de una mayor complejidad de la tarea del juzgador. En las socialmente heterogéneas democracias modernas, los jueces se ven obligados a concretar el sentido de los principios, valores y derechos que el texto constitucional reconoce y que, por definición, no son siempre precisos ni están exentos de ambigüedad. Al mismo tiempo, los jueces son los últimos garantes de los derechos de los individuos incluso frente al propio legislador. A los tradicionales y temidos poderes del juez —entre ellos, el poder de enviar a un ciudadano a prisión provisional o de liberarlo, de condenarlo o de absolverlo, de decidir sobre su honor, su patrimonio y su libertad— se suma en el Estado constitucional la responsabilidad de conferir coherencia al entero sistema jurídico en garantía de los derechos los derechos fundamentales. Parfraseando a Gustavo Zagrebelsky, la unidad del ordenamiento no es hoy, para el juez ni para el jurista, un dato, sino un problema, y para intentar resolverlo se precisa de una noción del Derecho más profunda que la que ofrece el formalismo legalista (1992: 48).

Pero la complejidad de la función de juzgar y la expansión creciente del papel de la jurisdicción no son solo las consecuencias de una alteración de los presupuestos normativos bajo los que el poder judicial ejerce su función, sino también de la transformación de las circunstancias en el que esta se desarrolla. Aquí nos enfrentamos tal vez a lo patológico. De un lado, asistimos a la ya apuntada judicialización de la vida social, es decir, a ese fenómeno que hace que cada conflicto que se produce en la sociedad parece poder concretarse o canalizarse en una pretensión ante el juez². De otro lado, nos enfrentamos a la judicialización de la política, expresión del aumento incontrolado de la discrecionalidad de los poderes públicos³ y de los frecuentes enfrentamientos entre partidos políticos que, fuera de su sede de debate natural (el parlamento), recurren a los juzgados y tribunales como escenario de confrontación para dirimir sus disputas⁴.

Sin duda, también deberíamos situar en el campo de lo patológico las luchas por el control del gobierno de los jueces. En el contexto español, la situación del CGPJ habla por sí sola. Las dificultades generadas para la renovación de sus miembros y la consecuente paralización de numerosos nombramientos ofrece una imagen de una Justicia instrumentalizada, violentada desde instancias políticas. La gravedad de la situación parece catalizar en nuestro país todos los problemas del poder judicial⁵ y oculta o posterga otros debates extremadamente relevantes para lograr un buen funcionamiento de la Administración de Justicia o un adecuado ejercicio de la función jurisdiccional.

Tanto la politización de la Justicia como la judicialización de la política y de la vida social constituyen desviaciones del correcto funcionamiento del sistema jurídico cuya superación es imprescindible, pero también son manifestaciones de que en nuestro país todavía está por construir con bases sólidas un modelo de jurisdicción coherente con el diseño constitucional. Una política judicial a la altura de esa exigencia requiere realizar esfuerzos en direcciones muy diversas: incidir en aspectos estructurales, organizativos, reforzar la independencia y responsabilidad de los jueces, sanar el CGPJ, etc., pero creo que, en cualquier programa de mejoras que podamos imaginar para cumplir con el mandato constitucional, hay una que es primordial y que, a pesar de ello, ha sido poco debatida en nuestra sociedad. Me refiero a la adecuación y modernización de las formas de reclutamiento y formación de los jueces. Si la función que se les exige es central en las sociedades modernas, tal vez como nunca antes, y enormemente compleja⁶, y si, además, su ejercicio está aquejado de serias patologías, de las que el juez deberá cuando menos ser consciente, resulta del todo relevante valorar si en nuestro orden jurídico el perfil de los juristas que se selecciona para ser jueces y la primera formación que reciben está a la altura de las circunstancias, es decir, es adecuada a la dificultad de la función que deben realizar.

A este respecto, resulta de interés introducir la perspectiva del Derecho comparado, concretamente la comparación con el sistema italiano, dado que, por encima de las peculiaridades propias de nuestra vida política o de nuestras tensiones, cuando abordamos el análisis del reclutamiento y la formación de los jueces repensamos el modelo de juez, de la función judicial propia de la cultura jurídica del Estado constitucional. En este sentido, como recuerda Perfecto Andrés Ibáñez, «[...] la primera escenificación de un esfuerzo constituyente de esa orientación se produjo en la asamblea que alumbró la Constitución italiana de 1948» (2022: 47). La comparación con el sistema de reclutamiento y formación de los jueces en Italia se justifica, así, en nuestra común cultura jurídica, en la admiración con la que los juristas españoles han estudiado el modelo judicial italiano, en las estrechas relaciones entre las instituciones académicas de ambos países, o en el hecho de que la regulación constitucional de nuestro CGPJ sea muy similar a la del *Consiglio Superiore della Magistratura* (CSM) italiano⁷, aunque el devenir histórico de ambas instituciones haya sido muy dispar. También por haber inspirado instrumentos tan relevantes como la Carta europea sobre el estatuto del juez y otros del Consejo de Europa. Tanto en Italia como en España los jueces han tenido que hacer frente a retos capaces de poner en entredicho la eficacia del entero sistema, entre ellos la corrupción política, la criminalidad organizada o el terrorismo. En Italia y en España la Justicia arrastra problemas seculares de falta de financiación. Si queremos alejarnos del ruido que la triste situación del CGPJ o el último conflicto político escenificado en los tribunales generan y concebir otras vías de análisis de funcionamiento del poder judicial, mirémonos en el espejo de Italia y sepamos extraer de la imagen que aquel refleje de nuestro sistema formación y reclutamiento de jueces alguna reflexión, alguna lección, alguna propuesta para mejorar el ejercicio de la jurisdicción y elevar, así, el nivel de nuestra cultura jurídica. Pensemos lo más básico y tal vez lo más relevante para el buen funcionamiento de la Justicia: cómo formar a jueces preparados, independientes y responsables, conscientes de la complejidad y exigencia de su trabajo.

2. LOS TÉRMINOS DE LA COMPARACIÓN. RECLUTAMIENTO DE JUECES Y MAGISTRADOS EN ESPAÑA Y EN ITALIA

Cualquier sistema de reclutamiento y formación de los jueces debería adecuarse a las exigencias que la tarea de juzgar demanda. Tendría que procurar una excelente formación técnica, un buen conocimiento del Derecho, propiciar otras virtudes (Atienza, 2001) y algunas tomas de conciencia sobre el papel de juez en el Estado y en la sociedad, sobre sus deberes morales y sobre las reglas deontológicas que rigen su actividad o sobre lo que esperan los ciudadanos de él (Malem, 2009: 123). Como cualquier jurista, el juez debería ser, con mayor razón, una persona de cultura amplia y notable madurez en sus actitudes, una persona no aislada, sino conectada con el medio social sobre el que incidirán sus decisiones. La formación de buenos jueces, la preparación que se exige para acceder a la carrera judicial revela en cada contexto histórico qué conocimientos y qué virtudes o competencias se consideran más relevantes. En los diferentes sistemas de selección y formación encontramos, con diferentes matices, una configuración del juez ideal o funcional al Estado constitucional, una idea de la naturaleza y el funcionamiento de la jurisdicción, del lugar que ocupa en el sistema jurídico y, finalmente, una precomprensión de lo que el Derecho es. Cabe preguntarse cómo se expresan todos estos términos en el sistema español y en el sistema italiano. De entrada, por la afinidad cultural de ambos países, porque ambos son Estados de Derecho, sistemas constitucionales entre los que cabría esperar la existencia de más similitudes que diferencias. Veámoslo.

2.1. EL RECLUTAMIENTO Y LA FORMACIÓN INICIAL DE LOS JUECES EN ITALIA

Las modalidades y métodos de reclutamiento de los jueces en Italia son materia de relevancia constitucional. El constituyente de 1948 dedicó todo un artículo, el 106 de la Constitución republicana, a establecer el marco general de este reclutamiento, limitando posibles arbitrariedades dirigidas a introducir en la judicatura a personas del agrado de las mayorías en el poder o a obstaculizar el ingreso en la misma de ciudadanos no afines.

El artículo 106 comienza diferenciando entre los jueces ordinarios y los jueces honorarios. En Italia, como en tantos otros países europeos, el sistema de selección de los primeros se basa en una oposición libre. Responde, pues, a una tradición continental que encuentra en el examen de Estado un mecanismo moderno, que no discrimina por razones ajenas al mérito y que se aplica a todos los ámbitos de actuación de la Administración pública⁸.

La lógica meritocrática que subyace al reclutamiento de los jueces ordinarios pretende garantizar la igualdad de acceso a todos los aspirantes mediante una evaluación objetiva de su capacidad para desempeñar la función judicial, expresada en el conocimiento profundo del Derecho y en una probada capacidad de interpretación, razonamiento y argumentación escrita y oral. Es decir, el candidato deberá demostrar que tiene los conocimientos —pero también las habilidades y competencias— que requiere el oficio de juez, que es capaz, en definitiva, de hacer frente a los problemas que puedan surgir en el desempeño de la función judicial.

El ideal de la selección por mérito está directamente vinculado al principio de imparcialidad de la Administración que, para proteger el interés público, no puede sino elegir a los candidatos con más y mejores méritos recurriendo a criterios lo más objetivos y transparentes posibles.

Este procedimiento general de selección por oposición, sin embargo, se reserva únicamente a quienes pretenden acceder a la función judicial como magistrados ordinarios, pero no a los jueces honorarios, para los que la propia Constitución italiana admite, de conformidad con el propio artículo 106, la vía del nombramiento electivo ni a los magistrados de la *Corte suprema di cassazione*, para los que se prevé la posibilidad del nombramiento directo por distinguidos méritos (*insigni meriti*)⁹.

Es verdad que hay algo de excepcional en estas figuras. El destino de los jueces honorarios, llamados a desempeñar solo funciones atribuidas a los jueces individuales, a diferencia del de los ordinarios, se caracteriza por la temporalidad y por el pago de unos honorarios proporcionales a la actividad desarrollada. No obstante, desempeñan un papel importante en la Administración de Justicia, en la medida en que se sitúan al lado de los jueces profesionales tanto en la función de juez como en la de fiscal.

El juez honorario se asemejaría a la figura de juez sustituto en España, y su existencia sería una manifestación de la apertura del sistema a otras formas reclutamiento de los jueces, que a veces se justifican por la necesidad o la coyuntura y otras por el enriquecimiento que supone sumar perfiles con experiencia académica o en la Administración del Estado. Es decir, la figura del juez honorario complementaría y supliría a la de los jueces ordinarios —que, dada la sobrecarga de trabajo y la insuficiencia de personal, difícilmente podrían gestionar todos los procedimientos pendientes—, pero, a su vez, y en la medida en que es una figura prevista en el propio texto constitucional, supondría la introducción de formas distintas de identificar y atraer el mérito que tienen valor en sí mismas más allá de otras razones de organización de la carga de trabajo. Sin duda, esta última idea prevalece en la selección de los magistrados por nombramiento para la *Corte suprema di cassazione*.

Por lo que respecta a la selección de los jueces ordinarios o profesionales, cabe señalar que la previsión constitucional no introduce ninguna novedad en lo que en Italia era el tradicional sistema de acceso a la judicatura. La oposición libre consistente en exigentes pruebas escritas y un ejercicio oral se remonta al menos a la labor reformadora del ministro Zanardelli, a finales del siglo XIX.

Sobre esa base, que se ha mantenido inalterada en el tiempo, la disciplina concreta de la oposición y de la primera formación (los requisitos de los candidatos, la materia, los tiempos y formas de las pruebas escritas, el periodo de prácticas...) ha sido objeto de sucesivas reformas que reflejan bien el debate sobre cuál debería ser la mejor formación de los jueces y cómo gestionar los procesos de selección de la manera más eficiente posible.

Los requisitos de acceso a la oposición a debate

Fruto de la última reforma legislativa, en la actualidad es requisito suficiente para poder presentarse a la oposición haber cursado la *Laurea in Giurisprudenza*, equivalente al

grado en Derecho¹⁰, pero esto no fue siempre así. Durante el período comprendido entre 2006 y 2022, se exigió a los candidatos una serie de requisitos formativos suplementarios tales como un diploma obtenido en una *Scuola di Specializzazione delle Professioni Legali* (SSPL), que sería el equivalente a un título de un máster profesionalizante; un doctorado; la autorización para ejercer como abogado, que en Italia requiere la superación de un examen; la realización con éxito de prácticas en oficinas judiciales o un período de prácticas profesionales de dieciocho meses en la *Avvocatura dello Stato*¹¹.

El establecimiento de una «oposición de segundo grado» para la judicatura, es decir, no accesible a meros titulados universitarios, fue introducido en su momento para reducir el número de aspirantes, que había experimentado un aumento considerable y había puesto en crisis toda la mecánica organizativa de la oposición. También se pretendió inaugurar, mediante las escuelas de especialización para las profesiones jurídicas de nueva creación, y emulando el sistema alemán, una formación común y de calidad para los licenciados en Derecho con intención de convertirse en abogados, notarios o magistrados (Mercadante, 2022: 21).

El pasado 16 de septiembre de 2022, a través del artículo 33 del Decreto Aiuti ter, todos estos requisitos de acceso, añadidos al más básico y constante en el tiempo, el grado o la licenciatura en Derecho, quedaron eliminados por diversas razones. Durante los años en que estuvo vigente el concurso de segundo grado, las escuelas de especialización para las profesiones jurídicas no fueron, en sentido estricto, centros de formación generales para todas las profesiones jurídicas (abogados, notarios y jueces) ni se convirtieron en competidores efectivos de los centros privados de preparación para la oposición a la judicatura, que son muy comunes en Italia. De hecho, la mayoría de los concursantes que superan la oposición se preparan asistiendo a estos centros privados capaces, si no de formar buenos jueces, sí de preparar a los aspirantes con eficacia para aprobar los distintos exámenes. Como denuncia el magistrado Daniele Mercadante, finalmente el único resultado significativo de la experimentación de la «oposición de segundo grado» consistió en una prolongación injustificada del tiempo necesario para que los recién licenciados pudieran presentarse a la oposición, sin ninguna garantía de remuneración, o incluso de reembolso de los gastos efectuados durante ese tiempo y con muy pocas perspectivas de que ese periodo adicional de desempleo o precariedad fuese al menos parcialmente compensado con un título o formación de valor reconocido (2022: 22).

Podría decirse, como tantas otras veces, aquí también, que la ley era bienintencionada, dado que pretendía seleccionar a los candidatos a jueces con mayor preparación, pero que su implementación fue insuficiente o no que tuvo los efectos esperados. Con la regulación actual se eliminan lo que muchos, como Mercadante, consideraron obstáculos injustificados para el acceso a la judicatura, pero se deja sin resolver el grave problema de la masificación de las pruebas¹². Tampoco se ordena una oferta clara de formación pública para el acceso a la función judicial. Cabe esperar, en este sentido, nuevas iniciativas y reformas¹³ en torno a ese sustrato inalterable a través del tiempo que es la estructura de las pruebas o ejercicios que vertebran la oposición.

Estructura de la oposición a judicatura

Efectivamente, de manera inalterada en el tiempo, la oposición a la judicatura ha estado, en Italia, conformada por un examen o prueba escrita y por un coloquio o prueba oral.

La prueba escrita consiste en la elaboración de tres redacciones o ensayos teóricos, que versan, respectivamente, sobre Derecho civil, Derecho penal y Derecho administrativo «a la luz de los principios constitucionales y de la Unión europea»¹⁴. Para la realización de la prueba escrita, el tiempo disponible es de ocho horas y se considerará superada si se ha obtenido una puntuación de al menos 12 puntos sobre 20 en cada uno de los tres ejercicios.

Solo si supera la parte escrita, el candidato puede acceder a la realización de la prueba oral. Este última consiste en una entrevista-coloquio que puede comprender otras materias jurídicas y no solo las contempladas en los tres ejercicios escritos. Es decir, puede abarcar los siguientes temas: Derecho civil y elementos fundamentales del Derecho romano; Derecho procesal civil; Derecho penal; Derecho procesal penal; Derecho administrativo, constitucional y fiscal; Derecho mercantil y Derecho concursal, legislación laboral y de la seguridad social; Derecho de la Unión Europea; Derecho internacional público y privado; elementos de informática jurídica y de ordenamiento judicial¹⁵. La última parte de la prueba oral consiste en una entrevista en un idioma extranjero —inglés, español, francés o alemán— que elegirá el aspirante.

Obviamente, la preparación de la oposición requiere un intenso y prologado periodo de estudio. La media de preparación de los que superan el concurso es de tres años, teniendo en cuenta que la normativa italiana no permite a los opositores presentarse al examen más de tres veces. Es motivo constante de críticas la llamativa duración de todo el proceso examinador, que fácilmente puede alargarse más allá de los dos años y que suele justificarse por el gran número de candidatos que año tras año concurren a la oposición.

Por lo que respecta a la preparación exigida para superar con éxito las pruebas, cabe señalar que muchos concursantes preparan los exámenes por su cuenta, pero otros muchos, actualmente la mayoría, acuden a escuelas privadas en las que se ejercitan en la redacción de los ejercicios escritos y orales. En los últimos tiempos también han proliferado los cursos de preparación en línea. Obviamente, la preparación en escuelas privadas es onerosa e introduce un elemento de discriminación más en relación con los candidatos en situaciones económicas menos estables, ya desfavorecidos por el mero hecho de tener que dedicar años al estudio sin recibir ningún ingreso. Atendiendo tal vez a esta posible fuente de desigualdad en el acceso, en la norma que acaba con el concurso de segundo grado, se introduce la previsión¹⁶ de que sea el propio órgano encargado de la formación y el del desarrollo profesional de los miembros de la judicatura en Italia —la *Scuola Superiore della Magistratura*— el que ofrezca cursos de preparación a la oposición. A estos cursos solo podrán acceder aquellas personas que hayan obtenido, al término de sus estudios en Derecho, excelentes calificaciones en las materias sobre las que versan las distintas pruebas¹⁷. El legislador parece abrir una vía para paliar la cada vez más consolidada tendencia a la privatización de la preparación de la oposición, además de reconocer el valor de la formación recibida en las facultades de Derecho en la selección de los mejores candidatos para llegar a ser jueces.

Si atendemos ahora a la dificultad de las pruebas, y si queremos comprender el esfuerzo que exige su preparación, resulta relevante atender a los muchos listados de recomendaciones dirigidas a los opositores que pueden encontrarse tanto en las páginas web de las escuelas privadas de preparación como en la página oficial del CSM. En estos documentos, a menudo se anima a los concursantes a partir de los textos utilizados en la universidad y a ampliar la información con otros libros tal vez más profundos o especializados. Se propone que cada materia se estudie en dos o incluso más textos, puesto que «[...] ningún libro, por muy bien escrito y completo que esté, puede abarcar un tema de forma exhaustiva; siempre habrá zonas grises». Como regla general, se aconseja que se estudie bien un texto que debe conocerse perfectamente y luego utilizar uno o más textos para ampliar o consultar los temas más importantes.

Resulta interesante esta remisión a los textos generales utilizados durante los estudios del grado en Derecho, teniendo en cuenta que los concursantes acudirán a las pruebas escritas con sus propios códigos, jurisprudencia y legislación. El proceso de selección se dirige, así, a individualizar en los candidatos la correcta capacidad de identificar, comprender e interpretar las normas, el dominio de las instituciones jurídicas, la capacidad argumentativa, de expresión oral y de redacción escrita, competencia, esta última, que se considera especialmente valiosa para ejercer la tarea de juez.

Así, si en Italia los exámenes de los estudios de Derecho se realizan generalmente mediante pruebas orales¹⁸ y, por tanto, la buena capacidad de expresión oral es una característica central del sistema educativo italiano en general, en la oposición a judicatura prima la expresión escrita, atendiendo a que esta es la forma de expresión por excelencia de los jueces y magistrados. Un juez habla a través de sus escritos, a través de sus sentencias. La oposición se adapta a esta circunstancia y exige a los candidatos una buena y argumentada redacción en torno a problemas o cuestiones jurídicas. Para una correcta preparación de la oposición a la judicatura, no basta entonces la simple memorización del Derecho positivo —parte del cual, como he señalado, el concursante llevará consigo al examen— ni el conocimiento de los manuales y otros textos recomendados, sino que es necesario, en el aspecto teórico, realizar estudios de mayor profundidad que permitan problematizar lo aprendido desde una aproximación reflexiva al Derecho, mientras que, en el aspecto práctico, es necesario conseguir una técnica de redacción de escritos y un método de análisis de las cuestiones jurídicas sin descuidar aspectos tan básicos como el buen uso del lenguaje y de las construcciones gramaticales.

Para ilustrar esa doble exigencia, formal y material, que la preparación de la oposición requiere, sirvan de ejemplo las consideraciones del pleno del tribunal de la última oposición a judicatura convocada en Italia¹⁹, en las que puede leerse:

«[...] a fin de garantizar la formación de juicios objetivos y uniformes en la corrección, una prueba individual puede considerarse idónea si:

A) *presenta una forma italiana correcta* desde el punto de vista terminológico, sintáctico y gramatical y revela un adecuado dominio de la terminología jurídica y suficiente claridad expositiva, requisitos todos ellos indispensables para la correcta redacción de las resoluciones judiciales;

B) *presenta un tratamiento pertinente, coherente y exhaustivo del tema asignado y demuestra el conocimiento por parte del candidato de los institutos a los que se refiere directamente y de los principios fundamentales de la materia, así como una adecuada cultura jurídica general;*

C) *revela la capacidad del candidato para proceder al análisis del problema concreto que se le plantea y proponer una solución lógicamente argumentada a la luz de las orientaciones expresadas por la jurisprudencia y la doctrina dominantes; cuando difiere de estas, contiene una explicación lógicamente argumentada a través del conocimiento de los institutos y principios fundamentales de la materia».*

Con exigencias como estas, los opositores que hayan conseguido superar las pruebas asumirán la condición de magistrados ordinarios en prácticas, siendo designados por el acrónimo MOT (*magistrati ordinari in tirocinio*), y deberán realizar un período de formación, de dieciocho meses de duración en total, en el que recibirán cursos teórico-prácticos y realizarán prácticas en juzgados u oficinas judiciales.

Los cursos teóricos se imparten en la *Scuola Superiore della Magistratura*, institución creada por el Decreto Legislativo en 2006 y en funcionamiento desde 2013²⁰. Las prácticas comprenden una primera fase, el llamado período de prácticas genérico, en el que los MOT asisten a todas las oficinas judiciales del distrito asignado, trabajando junto a magistrados en activo en el desempeño de funciones judiciales, y una segunda fase, el llamado período de prácticas específico, en el que los magistrados centran su formación en las funciones que realmente desempeñarán cuando obtengan su destino²¹. El MOT no ejerce funciones judiciales.

Al final del período de prácticas, y sobre la base de los informes elaborados por los magistrados responsables en las oficinas judiciales y por los tutores de la *Scuola Superiore della Magistratura* relativos a la actividad desarrollada durante el período de prácticas, el *Consiglio Superiore della Magistratura* evaluará la aptitud del magistrado para ejercer funciones judiciales. Si la evaluación es positiva, se le conferirán funciones judiciales y se le asignará un lugar de servicio. Si la primera evaluación es negativa, el magistrado ordinario es admitido a un nuevo periodo de prácticas de un año. Cualquier segunda evaluación negativa determina la extinción de la relación laboral del magistrado ordinario en prácticas²².

Con independencia de la formación inicial de los futuros magistrados, la *Scuola Superiore della Magistratura* también se ocupa del llamado curso permanente de actualización profesional dirigido a todos los magistrados en activo, de la formación específica para la atribución de cargos directivos y de la formación de magistrados honorarios²³.

2.2. RECLUTAMIENTO Y FORMACIÓN DE LOS JUECES EN EL ORDEN JURÍDICO ESPAÑOL

El acceso a la carrera judicial en España está regulado en los artículos 301 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. Inspirado por los principios de mérito y capacidad para el ejercicio de la función jurisdiccional, el proceso de selección de los futuros jueces deberá garantizar, «[...] con objetividad y transparencia, la igualdad en el acceso a todos los ciudadanos y ciudadanas que reúnan las condiciones y aptitudes necesarias, así

como la idoneidad y suficiencia profesional para el ejercicio de la función jurisdiccional» (art. 301.2).

Mérito, capacidad e igualdad presiden, en el Estado de Derecho, el ingreso a la función pública y, en lo que aquí interesa, a la carrera judicial por cualquiera de las tres categorías que en España la componen: jueces, magistrados y magistrados del Tribunal Supremo.

El ingreso en la judicatura puede materializarse por oposición libre, por concurso de méritos o por designación por el CGPJ. La LOPJ también prevé las figuras del magistrado suplente (art. 201) y de juez sustituto (art. 213), que constituyen vías de entrada a la función judicial temporales y justificadas por la excepcionalidad de los picos de trabajo o por la falta de magistrados o jueces profesionales en situaciones coyunturales. Los suplentes y los sustitutos ejercerá la jurisdicción con idéntica amplitud que si fuesen titulares del órgano judicial.

Ciertamente, la vía de acceso más numerosa, y en la que nos vamos a centrar en estas páginas, es la oposición libre abierta a candidatos jóvenes que no cuentan necesariamente con méritos derivados de un historial profesional relacionado con la práctica del Derecho. Tal y como está regulada en la actualidad, la oposición se compone de dos fases: en la primera, el candidato debe superar tres exámenes, y en la segunda fase deberá superar un curso teórico-práctico de formación realizado en la sede de la Escuela Judicial en Barcelona, al que le seguirán un período de prácticas en diferentes órganos de todos los órdenes jurisdiccionales y una etapa final en la que los jueces en prácticas desempeñarán funciones de sustitución y refuerzo (art. 301.3 LOPJ).

La primera fase de la oposición se estructura en tres exámenes o ejercicios. El primero tiene una duración de dos horas y 45 minutos y consiste en la superación de un test de cien preguntas sobre Derecho constitucional, Derecho civil, Derecho penal y Derecho procesal. El test opera como un primer filtro y constituye la antesala de las pruebas orales sobre las que descansa todo el peso del proceso de selección.

El segundo ejercicio, de una hora de duración, consiste en una exposición oral en audiencia pública de cinco temas elegidos aleatoriamente: uno sobre Derecho constitucional, dos sobre Derecho civil y dos sobre Derecho penal. El tercer ejercicio repite el esquema del segundo, variando el contenido de los temas a examen. A lo largo de una hora, el candidato deberá exponer en audiencia pública cinco temas, esta vez, dos sobre Derecho procesal civil, uno sobre Derecho procesal penal, uno sobre Derecho mercantil y uno sobre Derecho administrativo o laboral.

Basta, creo, esta escueta descripción del tipo de pruebas en que consiste la primera fase de la oposición —la brevedad del tiempo del que se dispone para realizar los ejercicios orales, dos horas, combinada con la exigencia de exponer diez temas de orden jurídico, doce minutos por tema— para que emerjan serias dudas sobre la racionalidad de lo que se demanda al candidato. Parece evidente que la oposición en España exige a los aspirantes mucho más que estudio, a saber, un entrenamiento en la técnica de exponer rápidamente contenidos jurídicos para la que se precisa una preparación personalizada de la que tradicionalmente se han encargado los propios jueces. Todo opositor contará, así, con la figura

de un preparador, es decir, de un magistrado experimentado, figura imprescindible para su entrenamiento, que le escuchará en el ejercicio semanal de *cantar* los temas. El verbo *cantar*, usado por opositores y preparadores, alude a la repetición memorística, acelerada y cronometrada del temario²⁴ que requiere una cierta suspensión del pensamiento reflexivo, un «estudiar sin pensar» (Andrés Ibáñez, 2009: 134). A la práctica de este ejercicio memorístico el opositor dedicará varios años de su vida. La media de la preparación es de cinco años, un tiempo en que, aislado voluntariamente del mundo, destinará al estudio entre ocho y diez horas al día, sin vacaciones, con el gasto mensual del pago al preparador y sin ingresos.

Los textos con los que los opositores preparan los exámenes se denominan «contestaciones», expresión que alude al hecho de que su contenido está adaptado a las exigencias materiales y, sobre todo, temporales de las pruebas. El magistrado Perfecto Andrés Ibáñez los describe bien como «[...] un conjunto de nociones jurídico-positivas estereotipadas, esencialmente desproblematizadas y expuestas de la forma más plana y apta para propiciar la asimilación memorística y el ulterior recitado mecánico en el examen, en tiempo tasado, tiempo récord» (2015: 104). Si cada método de selección expresa una forma de entender en qué consiste la función judicial y el conocimiento del Derecho, las pruebas de esta primera fase de la oposición «[...] expresan de la manera más plástica la asunción explícita del paradigma del juez “boca de la ley” en el más ideológico de los sentidos; ya que sugieren una supuesta facilidad casi mecánica en su aplicación judicial» (*Ibidem*).

Sin necesidad de valorar este sistema inicial de selección y contrastarlo otros sistemas como el italiano, cabe señalar que resulta palmariamente anacrónico, en el sentido arriba indicado, e inadecuado para seleccionar entre los candidatos a aquellos dotados de las mejores habilidades o competencias para enfrentar la labor de juzgar. No hace falta recordar que no hay ninguna actividad en el trabajo de un juez que se corresponda con la realización de test o que requiera el recitado veloz y mecánico de normativas o instituciones jurídicas. En este sentido, puede decirse que la oposición, tal y como está diseñada en España, pervierte sus propios fundamentos justificativos, que no son otros que la selección por mérito, capacidad y en condiciones de igualdad. El mérito está filtrado por la suerte, dado que no todos los opositores contestarán a las mismas preguntas, sino a aquellas que, como la lotería, extraigan aleatoriamente. La capacidad no queda suficientemente acreditada, en la medida en que no hay pruebas dirigidas a identificar las aptitudes que debería tener un juez, es decir, «[...] capacidad de análisis, de razonamiento, de argumentación, de gestión y dirección de los procesos, de manejo de fuentes legales y jurisprudenciales, y de compromiso deontológico para el ejercicio del cargo» (Ortuño, 2013: 155). Por su parte, el respeto del principio de igualdad en la selección queda en entredicho si tenemos en cuenta que la larga preparación que requiere la oposición —una media de cinco años sin la seguridad de superarla y sin ingresos— no está al alcance de cualquiera. El sistema favorece, pues, a los candidatos de estratos sociales medios o altos y resulta extremadamente oneroso para los candidatos con recursos limitados o provenientes de familias más desfavorecidas económicamente²⁵.

En este sentido, el sistema general de acceso a la judicatura, es decir, la oposición, ha sido objeto de numerosas críticas difícilmente refutables, el modelo ciertamente no es ino-

cente²⁶, pero ha habido pocas iniciativas serias de reforma. A pesar de sus debilidades, el sistema de selección cuenta con una buena masa de defensores tanto en la academia, que parece haber renunciado a su rol formativo en relación con las grandes profesiones jurídicas, como en la propia judicatura. De hecho, como observa el magistrado Carlos Gómez «[...] los jueces tienden a olvidar que deben su puesto, también, a factores que nada tienen que ver con su esfuerzo personal y que, en el mejor de los casos, podemos calificar como “aleatorios”, desvinculados de criterios de una selección adecuada» (2017: 4). La oposición es, mientras se prepara, objeto de crítica, pero cuando se supera constituye factor de auto-legitimación en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Sea como fuere, con el bagaje de la superación de una durísima oposición que los ha tenido aislados durante años, los jóvenes candidatos ingresan en la Escuela judicial. Creada en 1997, esta institución, principal aportación de la democracia al sistema de reclutamiento y formación de los jueces, tiene como objetivo «[...] proporcionar una preparación integral, especializada y de alta calidad a los miembros de la carrera judicial, así como a los aspirantes a ingresar en ella» (art. 307.1 LOPJ).

En el ámbito de la Escuela Judicial, organismo dependiente del CGPJ, los ganadores de la oposición realizarán un curso del que la LOPJ solo nos dice que deberá ser multidisciplinar y que «[...] incluirá el estudio en profundidad de las materias que integran el principio de no discriminación y la igualdad entre hombres y mujeres, y en particular de la legislación especial para la lucha contra la violencia sobre la mujer en todas sus formas. Asimismo, incluirá el estudio en profundidad de la legislación nacional e internacional sobre los derechos de la infancia y la adolescencia»²⁷. Pueden encontrarse ulteriores concreciones sobre esa formación inicial en la Escuela las en la página web del CGPJ. Allí se insiste en una formación orientada a la práctica, bajo la llamada metodología del caso y bajo la premisa, como puede leerse en la misma página web del Consejo, «[...] de que en la Escuela Judicial no se trata tanto de transmitir conocimientos que se suponen ya adquiridos, sino sobre todo de aplicarlos». Como se supone que los jóvenes candidatos ya conocen el Derecho (parece que se entiende por «Derecho» el contenido de los manuales de contestaciones y por «conocimiento» la capacidad de repetir mecánicamente lo allí escrito), solo queda ejercitarse en lo más práctico. Al curso en la Escuela Judicial de una duración de once meses les siguen ocho meses de prácticas tuteladas y cinco meses como juez sustituto o de refuerzo.

A partir de ahí, superadas todas las pruebas y de acuerdo con el artículo 433 bis de la LOPJ, los nuevos miembros de la carrera judicial recibirán a lo largo de su vida laboral una oferta de formación continuada.

3. EL SISTEMA ESPAÑOL DE ACCESO A LA JUDICATURA FRENTE AL ESPEJO ITALIANO

El sistema de acceso y reclutamiento de la magistratura en Italia presenta pues, muchas similitudes con el sistema español y pocas, pero notables y llamativas, diferencias.

Ambos sistemas tienen una estructura organizativa muy similar. La puerta de entrada mayoritaria a la carrera judicial es la oposición libre presidida por los principios de capacidad, mérito e igualdad. Tras ganar la oposición, en ambos ordenamientos jurídicos se prevé la formación en las respectivas escuelas judiciales y se programan prácticas en los juzgados con similar duración temporal.

En ninguno de los dos países se cuestiona la oposición como método de reclutamiento de los jueces. Es verdad que encontramos otros caminos para ejercer la función judicial, entre ellos los que sirven para seleccionar a los jueces honorarios o sustitutos, o el *cursus honorum*, que se exige a los juristas que quieran acceder por el cuarto turno o algunas posiciones en los niveles más altos de la judicatura, pero son vías minoritarias frente al concurso-oposición, indiscutible sistema general de entrada mantenida a través del tiempo y más allá de los cambios políticos como forma de selección idealmente carente de sesgos discriminatorios.

En relación con este último aspecto, efectivamente, el sistema de oposición ha facilitado que en Italia y en España, países de cultura fuertemente patriarcal, la mayoría de los jueces sean hoy mujeres. Es decir, la oposición libre ha resultado útil o simplemente no ha sido obstáculo para configurar una judicatura que refleja la composición misma de la sociedad. En cambio, allí donde la selección no se hace por oposición, es decir, en todo lo que tiene que ver con la progresión en la carrera, la proporción de mujeres desciende llamativamente hasta cifras del todo injustificables. La oposición es, pues, un instrumento de no discriminación entre varones y mujeres.

Cuestión distinta es si la oposición libre es no solo ciega a las diferencias sexuales o de género, sino si lo es también a las diferencias de clase o económicas. Como he insistido, en la medida en que preparar los exámenes exigirá años de estudio sin ingresos, que si no se tiene éxito, no se obtiene ningún título que pueda servir para introducirse en el mundo laboral, y que los aspirantes deben costear por sí mismos el pago de preparadores o las matrículas en las escuelas privadas necesarias para su formación, puede decirse que el sistema italiano y español expulsan a posibles buenos candidatos que carecen de la necesaria capacidad económica para realizar tal esfuerzo. Los jueces deberían provenir de todos los estratos sociales, pero no es así. El problema, tantas veces denunciado, intenta paliarse con tímidas e insuficientes medidas: la implantación en la *Scuola Superiore della Magistratura* de cursos de formación para opositores en Italia o con las ayudas que en España desde el Estado o desde algunas comunidades autónomas se ofrecen a quienes deciden emprender la vía de la oposición. En ambos países, la participación de la universidad pública en la formación de las principales profesiones jurídicas es nula o muy reducida. Creo que este vacío debería colmarse también como una manera de hacer efectivo el principio de igualdad en el acceso a la profesión.

Si dejamos a un lado la igualdad en el acceso y analizamos la exigencia del mérito y capacidad como justificación de la oposición libre, las diferencias entre el sistema de reclutamiento italiano y el español resultan llamativas o incluso, podríamos decir, radicales. Especialmente lo son en aquello que tiene que ver con el contenido y la forma de los exámenes que componen sendas oposiciones, como si entre la cultura jurídica italiana

y la cultura jurídica española no hubiese un modelo compartido de lo que debe ser un buen juez y, consecuentemente, de los conocimientos, habilidades y competencias que le serían exigibles. Es verdad que en ambos sistemas se persigue, o al menos así se sostiene, seleccionar al aspirante con mayor mérito, con mejor capacidad, pero ¿cómo puede ser tan diferente el contenido de ese mérito, de esa capacidad?

En ambos países resulta clave en la selección de los aspirantes que estos demuestren un buen conocimiento del Derecho, pero en Italia se accede a este conocimiento de forma razonable tras años de estudio y de ejercitación en la realización de exposiciones y construcción de argumentaciones, orales y escritas, expresión de «una adecuada cultura jurídica general», mientras que en España se accede al mismo tras años de entrenamiento en la repetición mecánica y cronometrada de los ya citados textos de contestaciones. Mucho de lo que los candidatos a jueces españoles deberán memorizar una y otra vez hasta que se quede grabado en su mente (códigos o articulados completos, jurisprudencia...) y pueda ser recitado palabra por palabra el día de la oposición es lo que a los aspirantes italianos se les permite traer de casa y consultar mientras se enfrentan a las pruebas escritas que no requieren repetición de la legislación o de la jurisprudencia —la tienen consigo—, sino capacidad de análisis, interpretación, argumentación, problematización y proposición de soluciones a problemas o cuestiones jurídicas.

La preparación de la oposición en Italia sirve para dotar a los futuros jueces de algunos instrumentos que serán muy útiles para ellos. Sin descuidar la oralidad, los opositores se ejercitarán en el desarrollo de ensayos y redacciones escritas porque, a lo largo de su carrera profesional, ya como jueces, deberán redactar cientos de sentencias, entendidas estas como documentos que se autojustifican y que deben ser comprensibles no solo para los letrados que intervienen en la causa, sino también para el público en general (Malem, 2009: 117). La escritura, sin duda, obliga a un ejercicio de reflexión y permite comprobar la capacidad exegética y argumentativa del candidato.

En el contexto español, en cambio, duele pensar que jóvenes ilusionados en formar parte de la judicatura, capaces de hacer un gran sacrificio para conseguir su objetivo y a los que se podría orientar hacia los procesos de aprendizaje más complejos y exigir el más alto compromiso con la justicia, sean sometidos a años de duro entrenamiento en el ejercicio de «cantar», que tan pobre resulta para profundizar en el conocimiento de lo jurídico y tan poco útil para discriminar y elegir entre los candidatos a aquellos con las mejores aptitudes para enfrentar la complejidad de la tarea de juzgar.

De manera que, ante la pregunta de qué podría aprender el sistema español del sistema italiano de reclutamiento de jueces, creo que la respuesta resulta obvia:

En primer lugar, la indudable coherencia entre la preparación que se demanda a los candidatos para superar la oposición de acceso a la magistratura y las exigencias que el desempeño de la función judicial presenta en cualquier democracia moderna. En Italia se parte de la idea de que un buen juez debe ser alguien de extensa y profunda cultura jurídica y, en consecuencia, se realizan pruebas orientadas a verificar ese sustrato cultural que habrá

sido construido tras años de estudio y que será incrementado tras el paso por la Escuela de la Magistratura. ¿No debería ser éste también nuestro punto de partida?

La coherencia entre fines y medios se expresa en las características de las pruebas selectivas dirigidas, como indica el legislador italiano, a verificar la capacidad de los candidatos de encuadrar las cuestiones jurídicas en el marco teórico y sistemático del ordenamiento jurídico presidido por los principios constitucionales y de la Unión Europea²⁸.

Bajo este marco, el ulterior requerimiento, es decir, la exigencia del conocimiento de un segundo idioma entre los más hablados en el seno de la UE, abunda en la comprensión del juez, del jurista, como persona de cultura y da cuenta de la realidad de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, alimentados por normas internacionales y necesariamente transformados por el carácter global de tantas controversias jurídicas.

En segundo lugar, del sistema italiano y de sus modificaciones a través del tiempo deberíamos aprender que es necesario, pero sobre todo posible, debatir e introducir mejoras en las formas de seleccionar a los jueces sin evocar inmediatamente enfrentamientos políticos. Porque no es más conservador o menos progresista hacer «cantar» a los candidatos para acceder al cargo de juez: es simplemente un método formativo pobre e inadecuado para alcanzar el valioso objetivo de seleccionar a los mejores candidatos a formar parte de la judicatura. Tampoco es de izquierdas o de derechas exigir el conocimiento de un segundo idioma, proponer pruebas escritas, además de orales, que acrediten la capacidad de redactar un razonamiento jurídico lógico y justificado, o conceder un espacio de tiempo suficiente para responder a las cuestiones planteadas de manera argumentativa como deben hacer los jueces en sus escritos.

Desde hace décadas, en Italia se discute sobre el propio sistema y, como hemos visto, se llevan a cabo ajustes y reajustes en el tipo de pruebas y en los requisitos exigidos para concurrir a la oposición sin que ninguno de estos reajustes del sistema haya sido interpretado como una estrategia de manipulación o de control político de los jueces. Se ha discutido, por ejemplo si el contenido de las pruebas escritas debería ser más práctico y menos teórico. Respecto a esta cuestión, parece que la última reforma pretende evitar dos peligros: la conversión de los exámenes en pruebas técnico-prácticas y la caída en un puro «nociónismo» que acabe premiando el conocimiento de decisiones jurisprudenciales concretas en lugar de la capacidad de reconstruir el marco jurídico (Mercadante, 2022: 24).

Muy lejos de ese clima de debate y de esa conclusión, también en España se demanda una preparación más práctica y menos teórica no respecto a las pruebas de la oposición, cuyas características actuales parecen inamovibles, sino, como he señalado, en relación con la formación ofrecida en la Escuela Judicial. Ciertamente, si se considera que la oposición solo evalúa los conocimientos teóricos de los candidatos y no su capacidad para aplicar leyes concretas a casos concretos, parece lógico que en la Escuela se ofrezca una formación eminentemente práctica. Sin embargo, cabe reiterar una vez más que la repetición de la legislación previamente memorizada no tiene profundidad teórica alguna y que es ciertamente inútil para esa comprensión teórica-sistemática del Derecho a la que debería aspirarse. Los esfuerzos para dar a la formación en la Escuela Judicial una mayor dimensión

práctica, adecuada a las exigencias de la función judicial (se defiende la formación centrada en casos), pierden parte de su razón de ser si el destinatario de esa formación ha sido educado en la confusión entre teoría y repetición memorística, si cree conocer el Derecho, pero carece de esa cultura jurídica general tan valorada en el sistema italiano, de esa capacidad de argumentar —oralmente o por escrito— y de encuadrar cualquier problema jurídico en el marco sistemático y teórico del Derecho. Desgraciadamente, sobre un terreno cultivado durante años en todas esas carencias, el trabajo de la Escuela puede resultar poco fértil.

La centralidad y la complejidad de la jurisdicción, con todas sus patologías y derivas, exige a los jueces un conocimiento profundo, reflexivo y problematizado del Derecho. La oposición en España, valorada ante el espejo italiano, evidencia fuertes debilidades: no capacita, no prepara para el ejercicio de la función judicial, es más de-formativa que formativa. Tras décadas de democracia, nuestro sistema de acceso a la judicatura sigue siendo la expresión de un formalismo ramplón, de una visión del derecho paleopositivista que proyecta una imagen del juez como funcionario gris destinando a tareas mecánicas, como correa de transmisión entre la norma y la realidad, es decir, alguien que, en lugar de ser un jurista —o, si se quiere, un «soldado del Derecho»—, se limita a declamar el Derecho sin analizarlo, interpretarlo o cuestionarlo. La comparación con las formas en que se reclutan a los jueces en otros países o, como en este artículo, con el sistema italiano, solo evidencia el anacronismo, la excepcionalidad y la miseria cultural del sistema español.

Leonardo Sciascia, el gran escritor italiano, formuló en los años ochenta del pasado siglo una propuesta pedagógica imaginativa: que cada juez, una vez aprobada la oposición, estuviera tres días en prisión entre presos comunes. La breve estancia en la cárcel —proponía no sin ironía— sería una forma despertar la conciencia de la gran responsabilidad que deberá asumir el juez en su vida profesional, una forma directa de potenciar el contacto con la realidad sobre la que sus decisiones incidirán. Desde luego, a la luz de nuestro pobre modelo de formación y reclutamiento de los jueces, no constituye una propuesta descabellada. Sin duda, resultaría más formativa que la suspensión del ejercicio de pensar, que la repetición irreflexiva de normativas cultivada en aislamiento durante largos años.

NOTAS

1. Esta característica de nuestras modernas democracias se recrea también en el espacio supraestatal. La Unión Europea es, ante todo, una unión de Derecho donde la última palabra sobre cuestiones extremadamente relevantes para la vida de todos los europeos se decide en un tribunal, el Tribunal de Luxemburgo.
2. España es uno de los países con más alta litigiosidad en la UE. Aunque pueda parecer la expresión de legítimas expectativas de justicia, esta realidad pone en dificultades a los juzgados que, ante la avalancha de demandas, responden con medios insuficientes y modos de organización obsoletos. No es de extrañar que el TC español conceda amparos a ciudadanos que se ven afectados por los retrasos provocados bien por los problemas coyunturales de la Justicia, bien por «motivos estructurales» de su organización: por ejemplo, los que se derivan de la actual situación de bloqueo en la renovación del Poder Judicial.
3. Lo que para Luigi Ferrajoli traería causa a su vez de «[...] la ampliación de las funciones propias del “Estado social” inducida por el crecimiento de su papel de intervención en la economía y por las nuevas

prestaciones que demanda de él los derechos sociales constitucionalizados: a la salud, la educación, la previsión social, la subsistencia y otros» (2008: 211).

4. La situación judicial en España al respecto no es nueva ni muy diversa de la de otros países o de lo que sucede en la Unión Europea. Procesos mediáticos que involucran a relevantes figuras de la política suelen desatar una preocupación por la Justicia que no logra abordar los tradicionales problemas de la misma. La larga espera de juicio, el abuso de la prisión provisional, los violados secretos de los sumarios y, en definitiva, los límites prácticos de las garantías que el proceso ofrece a los imputados se descubren tristemente en algunos países de Europa no por el hecho de que exista una masa anónima de ciudadanos afectados, sino porque se abren procesos o causas contra los que han sido denominados «imputados de lujo». Me permito hacer referencia a García Pascual (1997: 275 ss.).

5. Aunque, en el marco de la UE, en torno a otros órganos de gobierno de los jueces haya habido cierta conflictividad, ninguno ha adquirido un protagonismo mediático similar al del CGPJ, escenario privilegiado de la batalla política en España. En Italia, por ejemplo, una investigación penal de 2019 reveló irregularidades relativas al nombramiento de algunos fiscales, cinco de los miembros del Consejo dimitieron y se iniciaron diez procedimientos cautelares.

6. En palabras de Jorge Malem, el juez español «[...] ha de ser un juez de la legalidad, en el sentido de que ha de estar sujeto a la ley, ha de ser un juez constitucional, que como tal ha de juzgar conforme a criterios constitucionales, ha de ser un juez que ha de velar por un exquisito respecto por los derechos humanos, ha de ser un juez que conozca el Derecho comunitario y que esté atento a la permanente internacionalización del Derecho y ha de ser un juez autonómico, que no puede olvidar la particularidad del subsistema jurídico con el que tiene que convivir [...]» (2009: 119).

7. El CSM es un órgano de composición mixta establecido en art.104 de la Constitución italiana. De sus 27 miembros, tres son de oficio: el presidente del Tribunal de Casación (similar al Supremo), el fiscal general de este mismo tribunal y el presidente de la República. De la parte restante, dos tercios son magistrados designados por sus homólogos de todos los niveles del poder judicial. Y el resto de sus componentes son elegidos por el Parlamento entre profesores universitarios y abogados mediante voto secreto y con mayoría de tres quintos de los presentes en la votación.

8. Establecido en el artículo 97 de la Constitución italiana: «El acceso al empleo en las Administraciones Públicas se realizará por concurso-oposición, salvo en los supuestos establecidos en la ley».

9. «Podrán ser llamados al cargo de vocal de la Tribunal de Casación por méritos especiales, previa designación del Consejo Superior de la Magistratura, catedráticos titulares de Universidad en disciplinas jurídicas y abogados que tengan quince años de ejercicio y estén inscritos en los registros especiales correspondientes a las jurisdicciones superiores» (art. 106 de la Constitución italiana).

10. La Ley n.º 71/2022 (*Deleghe al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario e per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio Superiore della Magistratura*) introduce propuestas de delegación legislativa relativa al sistema de reclutamiento de la magistratura. Entre las propuestas concretadas por el Decreto Aiuti ter aprobado el 16 de septiembre de 2022, la posibilidad de acceder solo con el título de la *Laurea in Giurisprudenza* que en Italia una duración de cinco años.

11. Artículo 73 del Decreto Ley n.º 69, de 21 de junio de 2013.

12. Masificación de las pruebas que no evita que, año tras año, en Italia queden un buen número de plazas sin cubrir. Es decir, aprueban menos candidatos del número de vacantes que se deberían cubrir.

13. Daniele Mercadante propone cuatro: la reducción del tiempo de duración de la oposición; la reducción del número de candidatos y la introducción de una cuarta prueba escrita; incrementar las garantías de imparcialidad de los tribunales, revisar la organización de los estudios de Derecho como contribución a una recalificación de las profesiones jurídicas (2022: 20).

14. Art. 4 d) Ley del 17/06/2022, n.º 71.

15. La Ley del 17/06/2022, n.º 71, en el art. 4.e) ordena una reducción del número de materias objeto de la prueba oral (manteniendo, al menos, Derecho civil, Derecho penal, Derecho procesal civil, Derecho procesal penal, Derecho administrativo, Derecho constitucional, Derecho de la Unión Europea, Derecho del trabajo, Derecho mercantil y concursal) pero este aspecto está hoy todavía por concretar.

16. Art. 4. *comma* 2, *lett.* c de la Ley n.º 71/2022.

17. Son los mismos requisitos que se exigen para realizar prácticas en fiscalías, juzgados y tribunales, es decir, una media de al menos 27/30 en los exámenes de Derecho constitucional, Derecho privado, Derecho procesal, Derecho civil, Derecho mercantil, Derecho penal, Derecho procesal penal, Derecho laboral y Derecho administrativo, o una nota de graduación no inferior a 105/110.

18. A menudo, en Italia se critica la descoordinación entre la formación recibida durante años en la universidad, volcada en la oralidad —que puede conllevar incluso una pérdida gradual del hábito de escribir—, y la exigencia de una buena expresión escrita, como prueba de capacidad reflexiva y argumentativa —que se demanda en las pruebas de acceso a la judicatura y que pone en serios aprietos a los jóvenes aspirantes a jueces cuando se inician en la preparación de la oposición—.

19. Tribunal de la oposición para 310 plazas de magistrado ordinario convocada por orden ministerial de 29 de octubre de 2019.

20. La gestión la *Scuola Superiore* corresponde a un comité directivo cuyos miembros, magistrados, profesores universitarios y abogados, son nombrados en parte por el CSM y en parte por el ministro de Justicia. Este comité será el encargado de elaborar cada año, con la contribución del CSM, el plan de formación. Reforzando así el rol del propio CSM «[...] como garante de la autonomía e independencia de la magistratura, precisamente por el estrecho vínculo existente entre la formación y la independencia del magistrado». Disponible en: <<https://www.csm.it/web/csm-internet/magistratura/ordinaria/percorso-professionale>>.

21. Interesantes propuestas de mejoras en la orientación de la formación que ofrece en la SSM se pueden encontrar en Bruti Liberati y Civinini (2021).

22. Artículo 22 del Decreto Legislativo 26, de 2006.

23. También están previstas iniciativas de formación de carácter internacional, de hecho, el *Consiglio Superiore della Magistratura* y la *Scuola Superiore della Magistratura* son miembros de la Red Europea de Formación Judicial (REFJ) La REFJ es una institución cuya misión es fomentar el diálogo entre los Estados miembros sobre el funcionamiento de sus sistemas judiciales y para ello organiza programas de formación destinados a conocer los sistemas judiciales de los Estados miembros de la Unión Europea.

24. En una página web especializada en la distribución de manuales para preparar la oposición puede leerse esta significativa descripción del camino que emprende el opositor: «Como ya sabrás si estás aquí, la oposición a juez y fiscal se tarda años en preparar y aprobar —los aprobados tardan una media de 4 años y 8 meses (56 meses), aunque dependerá de la cantidad de plazas convocadas. Tu primera oportunidad real de aprobar llegará cuando hayas consolidado todos los temas del programa (325 temas) de modo que puedas cantar 12 minutos de media por tema (deberás retener un mínimo de 3.900 minutos de exposición en tu memoria). Para eso, tendrás que estudiar el temario que escojas y, luego, cantar para ver cómo

de largo queda, resumir y recortar y volver a cantar, resumir y recortar, hasta quedarte en 13 minutos por tema (para tener un colchón de seguridad de un minuto el día clave)». Disponible en: <<https://alopezcazalilla.es/oposiciones-jueces-fiscales/>>.

25. Esta fuente de discriminación por razón de rentas en el acceso intenta paliarse con pequeñas ayudas económicas de carácter estatal y autonómico dirigidas a opositores, como las previstas en la Orden JUS/377/2022, de 27 de abril.

26. Como observa Perfecto Andrés Ibáñez, resulta funcional a la reproducción seriada de jueces fácilmente heterogobernables, acriticos en la comprensión del Derecho y con una fuerte ideología corporativa que les habrá sido suministrada a través de su preparador (2009: 134).

27. Art. 307.2 LOPJ.

28. L'art. 4, comma 1, lett. c-bis.

BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (2009): «Selección y formación inicial del juez», en J. Malem Seña, P. Andrés Ibáñez y F.J. Ezquiaga, *El error judicial. La formación de los jueces*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

– (2015): *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Madrid: Trotta.

– (2022): *Justicia Penal. De principios y prácticas*, Madrid: Eolas ediciones & menoslobos.

ATIENZA, Manuel (2001): «Virtudes judiciales. Sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de derecho», en M. Atienza, *Cuestiones judiciales*, México: Fontamara.

BRUTI LIBERATI, Edmondo y Maria Giuliana CIVININI (2021): «La formazione iniziale dei magistrati. Analisi di una esperienza e una proposta» [en línea] <www.questionegiustizia.it/articolo/la-formazione-iniziale-dei-magistrati-analisi-di-una-esperienza-e-una-proposta>. [Consulta: 24/04/2023.]

GÓMEZ MARTÍNEZ, Carlos (2017): «La reforma del acceso a la carrera judicial» [en línea], <<http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2017/01/La-reforma-del-acceso-a-la-carrera-judicial-Carlos-Gomez.pdf>>. [Consulta: 24/04/2023.]

FERRAJOLI, Luigi (2008): *Democracia y garantismo*, M. Carbonell (ed.), Madrid: Trotta.

GARCÍA PASCUAL, Cristina (1997): *Legitimidad democrática y poder judicial*, prologado por P. Andrés Ibáñez, Valencia: Edicions Alfons el Magnànim.

MALEM SEÑA, Jorge (2009), «La formación de los jueces: los saberes del juez», en J. Malem Seña, P. Andrés Ibáñez y F. J. Ezquiaga, *El error judicial. La formación de los jueces*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

MERCADANTE, Daniele, (2022): «La riforma dell'ordinamento giudiziario e il concorso in magistratura: progressi, dubbi, questioni aperte», *Questione Giustizia*, 2-3, 20-28.

ZAGREBELSKY, Gustavo (1992): *Il diritto mite*, Turín: Einaudi.

Fecha de recepción: 1 de febrero de 2023.

Fecha de aceptación: 21 de abril de 2023.

EL ACCESO A LA JUDICATURA EN FRANCIA. EL PRIMORDIAL ROL DE LA ENM
PARA GARANTIZAR LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN EL ACCESO,
LA EFICIENCIA EN LA SELECCIÓN Y LA CALIDAD DE LA FORMACIÓN
*ACCESS TO THE JUDICIARY IN FRANCE. THE PRIMARY ROLE OF
THE ENM IN ENSURING EQUAL OPPORTUNITIES IN ACCESS,
EFFICIENCY IN SELECTION AND QUALITY OF TRAINING*

*Iñaki Esparza Leibar**

*Catedrático de Derecho procesal
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea*

RESUMEN

Este es un buen momento para afrontar una reflexión sobre el sistema de acceso a la judicatura en España con la finalidad de elevar la calidad del Estado de Derecho. La superación de pruebas objetivas es, seguramente, el mejor modo hasta ahora ideado para ello, por lo que no planteamos su sustitución, sino su mejora para garantizar la igualdad de oportunidades, la eficiencia en el procedimiento de selección y la calidad en la formación del personal jurisdiccional. Francia proporciona un interesante ejemplo en todos estos aspectos.

PALABRAS CLAVE

Estado de Derecho y poder judicial, ingreso en la carrera judicial, pruebas de acceso, preparación, formación integral.

ABSTRACT

This is a good time to face the debate on the system of access to the judiciary in Spain, with the aim, ultimately, of raising the quality of the rule of law. The passing of objective tests is surely the best way so far devised for this, so we do not propose its replacement but its improvement to ensure equal opportunities, efficiency in the selection procedure and quality in the training of judicial personnel. France provides us with an interesting example of all this.

KEYWORDS

Rule of law and judiciary, acceptance and access system, preparation, integral training.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2023.068>

* Miembro del Consejo Consultivo de la Agencia Vasca de Protección de Datos/DBEB, como experto en derechos fundamentales. Miembro del Grupo de Investigación Consolidado del «Sistema Interuniversitario Vasco», Título del Proyecto: «Derechos Fundamentales y Unión Europea. Especial referencia al espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea». Miembro del grupo de investigación del Proyecto: «Trata de seres humanos y esclavitud: investigación, enjuiciamiento y protección procesal de las víctimas», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

EL ACCESO A LA JUDICATURA EN FRANCIA. EL PRIMORDIAL ROL DE LA ENM PARA GARANTIZAR LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN EL ACCESO, LA EFICIENCIA EN LA SELECCIÓN Y LA CALIDAD DE LA FORMACIÓN

Iñaki Esparza Leibar

Catedrático de Derecho procesal

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

Sumario: 1. Introducción. 2. El agente clave: L'École Nationale de la Magistrature. 2.1. El reclutamiento y la formación inicial. 2.2. La formación continua. 2.3. La formación y la cooperación internacional. 3. El sistema de reclutamiento de magistrados en España y en Francia, la reforma de 2019. 3.1. Aproximación. 3.2. El acceso, el tribunal y las pruebas. 3.3. La oposición, los candidatos y su preparación. 4. La formación en la ENM. 4.1. El programa pedagógico. 4.2. Las pruebas, las calificaciones y la clasificación final. 5. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Las declaraciones realizadas por la ministra de Justicia, Pilar Llop, en mayo de 2022 no sorprendieron mucho ni generaron especial controversia. Y ello pese a la contundencia con la que afirmó: «Tenemos un sistema judicial obsoleto, es un modelo agotado que ya ha sido superado. Estamos trabajando en tres leyes de eficiencia para conseguir la Justicia 2030 y lograr esa justicia ágil que deseamos».

Lo que subyace a esta indiferencia es que desde hace bastantes años nos hemos acostumbrado a escuchar afirmaciones parecidas —la hemeroteca de fe de ello—, declaraciones de numerosos responsables y autoridades incluso incardinadas en el poder judicial o que colaboran con el mismo. Muy especial y significativamente, me refiero a las afirmaciones del presidente del CGPJ, Carlos Lesmes, y, últimamente, a las consideraciones que vertió antes de la apertura del año judicial 2022-2023, el 7 de septiembre de 2022, que fueron el prólogo de su dimisión el 10 de octubre. Todo ello evidencia una gravísima crisis institucional, sin precedentes, que hoy sigue abierta.

La relación de personas especialmente cualificadas que han opinado de forma análoga a las ya mencionadas incluye a presidentes de diversos TTSJ, decanos de colegios profesionales y otros operadores jurídicos de ámbito nacional o autonómico, que invariablemente emiten mensajes que incorporan las palabras colapso —esta de manera harto frecuente, hasta el punto de banalizarla— sobrecarga, falta de medios y recursos, es decir, palabras o expresiones que evocan problemas endémicos, graves y estructurales.

Dado que no son capaces de alcanzar grandes acuerdos clave en los que cimentar políticas de Estado, la desesperanza es un sentimiento generalizado, un estado de las cosas que, existiendo previamente, ya ha sido verbalizado y metabolizado.

En este contexto confluyen, además, otras circunstancias, más puntuales, pero también negativas, derivadas de la ilegítima y partidista intromisión de la política, que conlleva el cuestionamiento de la independencia del poder judicial, los bloqueos en la renovación de instituciones nucleares, etc. Se trata de cuestiones persistentes que son mediáticamente bien aireadas —y deben serlo—, aunque no siempre de manera constructiva.

Todo lo dicho indica de forma meridiana que los propios responsables perciben que la situación es indiscutiblemente negativa y que es necesaria la puesta en práctica de políticas concretas que la mejoren para garantizar correctamente los derechos fundamentales de los ciudadanos y, muy en particular, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, un enorme y valioso activo en el patrimonio jurídico de cada ciudadano de un Estado de Derecho que está a la altura, *v. gr.*, del derecho al sufragio (art.23 CE) o del derecho a la educación (art. 27 CE).

Naturalmente, este estado de cosas no es ajeno a los ciudadanos, que prácticamente no pueden adoptar posiciones críticas con respecto a un servicio esencial que el Estado debe proporcionar y que sienten que no funciona bien. Los ciudadanos lo perciben así, en muchos casos, y nadie es capaz de demostrarles, o simplemente de explicarles, que están equivocados; por el contrario, sus temores se confirman persistentemente.

En nuestra opinión, esta lamentable situación es, a medio plazo, letal para el correcto desenvolvimiento y el correlativo prestigio de instituciones clave para el adecuado funcionamiento del Estado de Derecho, y su efecto derivado es la deslegitimación de aquellas hasta extremos peligrosos debido la desafección que genera en amplios sectores de la ciudadanía que asisten perplejos al triste espectáculo.

Lo cierto es que en España nos hemos acostumbrado a que el sistema de resolución de conflictos y la ingeniería de controles y equilibrios (*checks and balances*) diseñada para sustentarlo no funcione bien, y nos parece casi normal que llegue a paralizarse e incluso a bloquearse, pero ello no es, en modo alguno, admisible y sí muy peligroso.

Constatado el escenario actual, producto inevitable del diagnóstico que reflejan todas esas opiniones y circunstancias, pensamos —ya en fase reactiva— que dar un paso más y precisar de forma ordenada, jerarquizada y argumentada los distintos problemas o disfunciones que subyacen a ese diagnóstico genérico, compartido y preocupante puede contribuir a vislumbrar soluciones.

Una política estratégica de Estado, decidida, realista y también ambiciosa deberá liderar el esfuerzo colectivo para mejorar lo que no funciona bien e introducir innovaciones cuando sea preciso. Todo ello redundaría en una elevación de la calidad del sistema público de resolución de conflictos y, por ende, en el bienestar de la ciudadanía y en el reforzamiento de la legitimidad del Estado de Derecho.

Nuestra contribución al respecto se sustentará en la aplicación al estado de cosas actual de una metodología que propusimos hace ya algunos, un sistema que permitiría evaluar el estado de cualquier sistema de resolución de conflictos, de cada una de las múltiples piezas que lo integran y detectar los problemas, permitiendo la elaboración de un diagnóstico como primer paso ineludible¹.

Son muy numerosos los aspectos potencialmente interesantes que propondremos al respecto. Todos y cada uno de ellos —su correcto tratamiento— pueden coadyuvar a mejorar la calidad del sistema de resolución de conflictos en España: desde la supresión de desigualdades (aforamientos) hasta la eficiente reparación económica de las víctimas de delitos, pasando, *v. gr.*, por la correcta implementación de la inteligencia artificial, la profundización en el enfoque restaurativo de la justicia, o el aprovechamiento óptimo de las condiciones que se crean en el espacio europeo de justicia².

La financiación adecuada es, casi siempre, parte imprescindible de la solución, pero solo una mejora de la financiación —por generosa que sea— no garantiza la mejor solución. Será, además, preciso, como decíamos, un previo diagnóstico de la situación para abordar la indispensable reflexión, la formación de criterio de acuerdo con el método científico y, finalmente, el establecimiento de prioridades que constituirán el contenido de una buena (no la única posible, pero sí una de ellas) política judicial. Aquí trataremos de contribuir a este segundo objetivo.

En este trabajo nos ocuparemos específicamente del sistema de selección del personal jurisdiccional, aspecto que —junto a otros que hemos apuntado— necesariamente debe ser atendido si queremos alcanzar un mejor sistema de resolución de conflictos. La pers-

pectiva que adoptaremos, en el ámbito del Derecho comparado, es el ejemplo que Francia nos ofrece, que se anticipó y encaja perfectamente en la estrategia europea 2021-2024³.

Hace ya más de doce años que publicamos un artículo sobre la necesidad de repensar la forma de seleccionar al personal jurisdiccional en España. Las razones que entonces nos llevaron a afrontar el estudio no solo subsisten, sino que, siempre en nuestra opinión, la necesidad de reformas estructurales en la materia se ha agudizado. La fase de preparación es la que más urgentemente debería ser atendida, ya que el vigente es un sistema nunca renovado, excesivamente basado en la memorización, además de adolecer de otras disfunciones. También las propias pruebas deberían ser revisadas y mejoradas, siendo así que la fase propiamente formativa, la que se verifica en la Escuela Judicial, es hoy, en nuestra opinión, la más correctamente resuelta, pese a que también precisa de actualización y, quizá, de ajustes⁴.

Durante demasiados años, en España no se ha hecho gran cosa al respecto, lo que nos lleva a pensar que las prioridades en materia de política judicial no contemplan el tema que nos interesa tratar ahora⁵.

El ejemplo que tomamos en consideración, el de Francia, sigue siendo válido, ya que no solo renovó sustancialmente el sistema de reclutamiento tradicional hace una docena de años, sino que, recientemente, en 2019, ha vuelto a adoptar disposiciones normativas orientadas a profundizar y mejorar el ya innovador modelo de 2008. El modelo francés es comparable al nuestro, ya que su ratio de jueces profesionales a tiempo completo por cada 100.000 habitantes es muy similar a la de España —ambas por debajo de la media europea— y, sobre todo, es interesante, ya que está dedicando muchos recursos, también económicos, para la mejora de la eficiencia del poder judicial mediante el desarrollo de una política judicial sólida y, como inmediatamente veremos, sostenidamente financiada de forma relevante, que parece estar por encima de los intereses partidistas, potencialmente letales en esta materia.

2. EL AGENTE CLAVE: L'ÉCOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE

L'École Nationale de la Magistrature (ENM) es la única institución de formación para los magistrados profesionales en Francia, lo que significa que en ella se forma tanto el personal estrictamente jurisdiccional estrictamente (*magistrats de la juridiction*) como los representantes del Ministerio Fiscal (*magistrats du parquet*), que en Francia gozan de idéntico estatus. La ENM es un establecimiento nacional y público de carácter administrativo, dependiente del ministro de Justicia (*Garde des Sceaux*) que, no obstante, cuenta con autonomía administrativa y financiera, garantizada por un presupuesto basal propio de en torno a los 35 millones de euros⁶. Todo ello en un contexto de decidido incremento de la financiación de la Justicia en general —más de un 40 % desde 2017— y con cifras récord de actualización —8 % en cada ejercicio— en los presupuestos de 2021 y 2022; el proyecto de presupuesto para 2023 contempla la misma previsión⁷.

La *Ordonnance* n.º 58-1270, de 22 de diciembre de 1958, relativa al estatuto de la magistratura, en sus artículos 14 —modificado por la Ley n.º 2007-287 de 5 de marzo de 2007— y siguientes, confía a la ENM las siguientes 5 funciones, o misiones, principales⁸:

- i) La organización de los concursos de acceso y concursos complementarios para el reclutamiento de futuros magistrados.
- ii) La formación profesional inicial de los alumnos de la ENM, *auditeurs de justice* y futuros magistrados franceses.
- iii) La formación continua de los magistrados franceses en activo.
- iv) La formación de magistrados provenientes de otros Estados que hayan suscrito con Francia acuerdos de cooperación en tal sentido.
- v) La formación especializada de jueces no profesionales, magistrados temporales, personal colaborador con la Justicia, etc.

En la promoción de 2009 —la primera que ingresó tras el 50.º aniversario de la creación de la institución—, la ENM puso en marcha un nuevo sistema de formación para alcanzar los fines que le han sido asignados. La reforma de 2008 es una de las más relevantes de las que se ha beneficiado la ENM desde el inicio de su andadura. El programa pedagógico para la formación inicial ha sido enteramente reelaborado —y posteriormente actualizado en 2019—. Su finalidad primordial es la formación de magistrados que sean tanto técnicos competentes en Derecho como personas capaces de afrontar correctamente el proceso de toma de decisiones con plenas garantías, así como titulares de arraigadas cualidades humanas. Se busca simultáneamente hacer atractiva la carrera judicial para distintos perfiles profesionales⁹.

La labor de la ENM se proyecta, en consecuencia, con las competencias que le han sido asignadas, hacia los siguientes tres ejes principales de actividad.

2.1. EL RECLUTAMIENTO Y LA FORMACIÓN INICIAL¹⁰

De este aspecto nos ocuparemos detalladamente en el próximo apartado —se trata de uno de los que más han llamado nuestra atención y que más nos interesa destacar—, sin perjuicio de que ya podemos adelantar que, a partir de 2009, tanto los concursos de acceso como la formación inicial se centran en la puesta en valor de las competencias y capacidades fundamentales que se predicen del magistrado, evaluándolas primero el concurso de acceso, para desarrollarlas a continuación mediante del nuevo programa pedagógico¹¹.

La ENM recluta a su alumnado principalmente a través de los clásicos concursos-oposición para candidatos recién egresados, cuya preparación requiere, entre otras cosas, cierta capacidad económica. En relación con esta cuestión y con el objetivo de reforzar la diversidad socioeconómica del colectivo de magistrados y garantizar, así, la esencial igualdad de oportunidades, han sido creadas las llamadas clases preparatorias (*classes préparatoires*) que, además de los criterios estrictamente académicos, toman en cuenta parámetros económicos y sociales para determinar la admisión. Añadido al concurso-oposición para el acceso, la

ENM reserva hasta un tercio de sus plazas para candidatos que acrediten una experiencia profesional de, por lo menos, 4 años. En cualquier caso, corresponde al ministro de Justicia establecer anualmente el número de plazas que corresponden a cada modalidad.

Dentro del organigrama de la ENM, la Dirección de la formación inicial está radicada en Burdeos, donde durante 31 meses, 10 de formación en la ENM y 21 de *stage* o periodo de prácticas —a lo largo de todo el territorio nacional, principalmente en órganos jurisdiccionales, pero también en la estructura del Ministerio Fiscal, en servicios de investigación, en bufetes de abogados, etc.— integralmente supervisado por la ENM. Los miembros de la promoción en curso podrán, así, confrontar la teoría y la metodología que han aprendido con la práctica profesional y la realidad social, económica y humana.

2.2. LA FORMACIÓN CONTINUA¹²

Dentro de la ENM, la Dirección que se ocupa de la formación continua tiene su sede en París, y su función principal es la organización de las acciones formativas —que se desarrollarán tanto en Francia como en otros países de la Unión Europea— destinadas a quienes ya son magistrados en ejercicio. Instaurada en 1972, la formación continua reviste desde el primero de enero de 2008 carácter obligatorio, de manera que los aproximadamente 9000 magistrados en ejercicio existentes en Francia deberán atender mientras estén en activo a su formación continua, que se considera una prolongación de la formación inicial, dedicándole 5 días cada año. A través de la formación continua se pretende garantizar tanto la actualización permanente como la profundización de conocimientos de los magistrados.

2.3. LA FORMACIÓN Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL¹³

La ENM cuenta en su organigrama con un Departamento Internacional, también radicado en París, que desde su creación ha entablado relaciones de cooperación técnica con más de sesenta países sobre la base de la confianza y la reciprocidad. La finalidad de la actividad internacional es promover el modelo jurídico continental a través del prisma de la experiencia francesa.

Las iniciativas amparadas en este apartado pueden ser de diversa naturaleza, *v. gr.*, la formación de magistrados extranjeros en Francia o la realización de cualquier tipo de asistencia técnica o apoyo en el extranjero.

Con motivo de la presidencia francesa de la UE —el primer semestre de 2022—, la ENM ha desarrollado un programa didáctico dirigido a un público amplio —no necesariamente a profesionales del Derecho— denominado *Découverte de la justice française* que permite dar a conocer el sistema de Justicia francés en el seno de la Unión europea y que tiene vocación de reciprocidad. Esta programa de formación se impartió en línea y en lengua inglesa entre los días 21 y 25 de marzo de 2022.

3. EL SISTEMA DE RECLUTAMIENTO DE MAGISTRADOS EN ESPAÑA Y EN FRANCIA, LA REFORMA DE 2019

3.1. APROXIMACIÓN

Lo que más nos ha interesado del sistema francés de reclutamiento de magistrados es la fase de preparación de las pruebas de acceso, que está, a nuestro juicio, regulada de una manera eficiente y transparente, y que dota de importantes garantías a los candidatos. De esta manera, el aspirante que en un plazo razonablemente breve —un curso académico en una institución pública de educación superior— supere las pruebas que comporta el máster de preparación, pero que no sea capaz de hacer lo propio con las pruebas de acceso a la fase formativa en la ENM, tendrá un reconocimiento académico, un título de posgrado, por el trabajo realizado. En España, el candidato en análoga situación —aunque mucho más prolongada en el tiempo— carecerá de reconocimiento alguno por el duro trabajo realizado, lo que es cuando menos desincentivador, incluso disuasorio.

Es importante subrayar que este diseño de preparación de las pruebas de acceso la hace accesible, en términos económicos y vitales, para cualquier persona, y que prevé la concesión adicional de becas y ayudas.

En España, la base del sistema es la oposición libre, a través del cual el aspirante ingresa en la categoría de juez (la que constituye la base de la organización, siendo la categoría más numerosa) mediante la superación de una oposición que da acceso a un curso teórico y práctico de selección realizado en la Escuela Judicial (art. 301 LOPJ), sita en Barcelona, cuya superación permitirá la obtención del título académico de máster universitario en ejercicio de la función jurisdiccional que la UNED expidió por vez primera en 2021. Quienes hayan superado el curso, recibirán el nombramiento de juez por parte del CGPJ¹⁴.

Para concurrir a la oposición se precisa ser español, mayor de edad y licenciado o graduado en Derecho, aparte de no estar incurso en las causas de incapacidad recogidas en la LOPJ (arts. 302 y 303). La oposición libre a la que nos hemos referido es, por cierto, exactamente la misma que la diseñada para acceder a la carrera fiscal, pero quienes opten por ella serán formados en Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, con sede en Madrid¹⁵.

La fase de preparación de la oposición en España se nos antoja ineficiente, excesivamente imprecisa y poco regulada. Pese a constatar serios, aunque puntuales y limitados esfuerzos por planificar, coordinar y gestionar la preparación con criterios de calidad, puede propiciar situaciones llamativas de abuso por parte de algunos formadores, como de vez en cuando reflejan los medios de comunicación. Es un modelo que, en nuestra opinión, reclama una revisión orientada a su modernización y mejora, cosa que durante demasiado tiempo no se ha hecho con rigor y profundidad¹⁶.

También las fases de oposición y de formación nos parecen mejorables. Deberían, por ejemplo, potenciar capacidades adicionales en los candidatos o incorporar pruebas psicotécnicas, como ocurre en muchos otros ámbitos de la Administración pública o de la empresa, para filtrar algunos perfiles no adecuados, etc.

A nuestro juicio, el sistema de reclutamiento y formación —que a lo largo y ancho del planeta muestra infinidad de posibilidades o formatos, casi ninguno de ellos descartable *a priori*, por extravagante que, *prima facie*, pueda parecer— merece, en el caso francés, un detenido análisis, dado que, como se ha dicho, en el país vecino ha sido profundamente reformado en los últimos años. Tomaremos como referencia ilustrativa la promoción de 2009¹⁷ de la ENM, la primera que se benefició de la reforma en la formación, compuesta por 137 alumnos (*auditeurs de justice*)¹⁸ provenientes de tres concursos de acceso diferenciados —modalidad concurso-oposición o de Derecho común— más una vía adicional y complementaria, que llamaremos concurso de méritos (*recrutement sur titres*), ampliada en 2007. La Ley de 2019 profundiza, actualiza y refuerza la orientación iniciada con el nuevo modelo de 2008¹⁹.

Todos los concursos mencionados tienen como finalidad el acceso a la ENM —que es la única institución formativa del personal jurisdiccional en el vecino país—, no al estatuto jurídico de magistrado. Se trata, por tanto, de una etapa inicial de formación que se prolongará, como se ha dicho y con carácter general, durante 31 meses y que es remunerada. Como contraprestación a dicha capacitación e inversión pública, cada alumno adquiere al final de la formación un compromiso formal de servicio público al Estado —más específicamente, al Ministerio de Justicia— de un mínimo de 10 años de duración²⁰. La obtención de una declaración de aptitud, realizada por parte de una comisión (*jury*) independiente de la ENM tras la satisfactoria superación de sucesivas pruebas previamente programadas, determina el acceso del candidato al estatus de magistrado en su plenitud.

3.2. EL ACCESO, EL TRIBUNAL Y LAS PRUEBAS

Como se ha señalado, el acceso a la carrera judicial se caracteriza por la existencia de una cierta diversidad en las formas de reclutamiento, si bien la vía del concurso-oposición convocado anualmente por el ministro de Justicia es, con mucho, el principal modo de selección de los candidatos²¹.

El acceso a la ENM queda, como se ha apuntado, condicionado a la superación de determinadas pruebas cuyos programas, modalidades de realización de los diferentes ejercicios y baremos son previamente hechos públicos, siendo evaluados los candidatos por una comisión o jurado (*jury*) cuya composición a partir de 2009, es de 11 miembros, no todos ellos juristas²². Para el ejercicio de 2021, la resolución del ministro de Justicia de 16 de marzo de 2021 establece la siguiente composición (4 mujeres y 7 varones):

- Un magistrado de la Corte de Casación (*Cour de Cassation, président*).
- Un miembro del Consejo de Estado (*Vice-président*).
- Una profesora (catedrática) de Derecho público.
- Cuatro magistrados (2 fiscales, una abogada general y una consejera adscrita a la *Cour de Cassation*).
- Un abogado.

- Un psicólogo clínico.
- Un inspector general de la Administración en materia de desarrollo sostenible.
- Una persona cualificada, ajena a las categorías mencionadas. Podría tratarse de un prestigioso periodista, un historiador, un filósofo, etc. De hecho, para la primera implementación de la nueva composición, en 2009, se contó en este apartado con un ex alto funcionario de la ONU. En 2021 fue un ministro plenipotenciario.

La organización del concurso para el acceso a la ENM se delega en la persona que ostenta la dirección y se ejecuta anualmente por la Subdirección de Reclutamiento. Consta de dos tipos de pruebas que deben ser sucesivamente superadas por los candidatos para obtener el acceso a la ENM. En primer lugar, las pruebas de admisibilidad (*épreuves d'admissibilité*), que inciden especialmente en el dominio de los conocimientos jurídicos y técnicos de los candidatos. En segundo lugar, las pruebas de admisión (*épreuves d'admission*), cuyo objetivo principal es comprobar el conocimiento del propio candidato, de sus capacidades adicionales y sus competencias personales²³.

Queremos subrayar ahora que en España el sistema se centra exclusivamente la medición del nivel de conocimientos jurídicos de los candidatos, sin que su perfil personal y sus capacidades y competencias, más allá de lo ya dicho, sean objeto de especial atención. En nuestra opinión, también es importante incidir en el conocimiento de estos aspectos. Buscamos, naturalmente, a un buen jurista, pero también a una persona con significativas capacidades adicionales.

Las pruebas escritas de admisibilidad, que son anónimas, comprenden —a partir de 2020 y para el primer concurso de acceso— diversas materias jurídicas que serán objeto de distintas modalidades de examen. Por ejemplo: Conocimiento y comprensión del mundo contemporáneo. Al respecto, se realizará un ejercicio sobre una cuestión actual de relevancia social en Francia, respecto a la que el candidato habrá que analizar los aspectos jurídicos, sociales, políticos, históricos, económicos, filosóficos, etc. durante 5 horas. También se realizarán ejercicios y casos prácticos de Derecho civil y Derecho procesal civil o de Derecho penal y Derecho procesal penal, a elección del tribunal. Igualmente, está prevista la elaboración de informes sobre problemas jurídicos, judiciales o administrativos y, adicionalmente, una prueba de dos preguntas relativa a alguna cuestión de Derecho público²⁴.

Las pruebas orales de admisión constan, a su vez, de los siguientes ejercicios y materias:

Inglés: durante 30 minutos, el candidato dará cuenta del contenido de un texto y conversará al respecto con el tribunal. Entre las pruebas sobre materias propiamente jurídicas se encuentran las relativas al Derecho de la UE, al Derecho internacional privado o, finalmente, al Derecho administrativo, a elección del candidato. A continuación, y también a elección de los candidatos, se realizan las pruebas sobre Derecho social o Derecho mercantil. Igualmente, está prevista una conversación o entrevista con el jurado en la que el aspirante deberá analizar un caso concreto y, a continuación, una conversación sobre una cuestión de actualidad destinada a valorar la personalidad del candidato, su trayectoria y su motivación. Finalmente, se prevé la realización de una prueba facultativa —a petición

del candidato o candidata— de segunda lengua extranjera, que podrá ser el alemán, el español, el italiano o el árabe. En todas estas pruebas, cualquier calificación inferior a 5/20 será eliminatoria²⁵.

Una vez expuestas tanto la composición de la comisión que examinará a los aspirantes a acceder a la ENM como la naturaleza y formato de las pruebas de las que consta el concurso que estos deberán superar, haremos referencia a la procedencia de los candidatos. Es conveniente recordar en este momento que el número concreto de plazas que se ofertarán para su cobertura por medio de los concursos que estamos analizando será anualmente determinada por el ministro o ministra de Justicia en función de la previsión de necesidades de personal jurisdiccional y de las disponibilidades presupuestarias.

3.3. LA OPOSICIÓN, LOS CANDIDATOS Y SU PREPARACIÓN

Nos centramos ahora en el concurso-oposición —excluido el concurso de méritos (*recrutement sur titres*)—, que proporciona con gran diferencia el mayor contingente de los estudiantes de la ENM, existen tres vías diferenciadas de acceso²⁶:

- i) Reservada a estudiantes (*premier concours d'accès*), también denominado concurso externo. Es la vía de acceso preferente, ya en 2009 constituía el 64,9 %, y se ha ido incrementando hasta la promoción de 2022. La edad máxima permitida para esta vía de acceso es de 31 años (antes de la reforma de 2008 el límite era de 27 años)²⁷. No se requiere experiencia previa. El requisito académico es tener acreditado un grado (4 años de estudios tras el bachillerato) no exclusivamente en Derecho. En 2022, 151 candidatos sobre un total de 196 accedieron a la ENM por esta vía, lo que constituye el 77 %²⁸. De ellos, 119 fueron mujeres y 32 varones²⁹.
- ii) Reservada a funcionarios (*agents publics*) (*deuxième concours d'accès*), conocido también como concurso interno. El contingente con esta procedencia representó en 2009 el 8,7 % de la promoción, frente al 13,4 % de la promoción de 2022. La edad máxima contemplada para esta modalidad es de 48 años. Los candidatos deberán acreditar su condición de funcionarios y, al menos, cuatro años de antigüedad en su puesto, y tendrán que estar en activo en el momento de realizar la solicitud. El acceso a través de esta vía comporta el mismo programa e idénticas pruebas que las previstas para el concurso externo. En 2022, 35 candidatos sobre un total de 196 accedieron a la ENM por esta vía, lo que constituye el 17,8 %. De ellos, 26 fueron mujeres y 9 varones³⁰.
- iii) Reservada a personas que acrediten actividad profesional durante al menos 8 años en el sector privado, o que hayan ejercido un mandato de elección local o, finalmente, que hayan ejercido funciones jurisdiccionales a título no profesional (*troisième concours d'accès*). Para poder concurrir a través de esta vía, es preciso totalizar globalmente por lo menos 8 años en una o varias de las categorías señaladas (*v. gr.*, 6 años de mandato electo más 2 años de actividad en el sector privado). El contingente representó el 2,92 % del alumnado en 2009, frente al 3,83 % de la

promoción de 2022. La edad máxima permitida en esta modalidad es de 40 años. Este tercer concurso fue creado por Ley Orgánica en 1992. El acceso a través de esta vía comporta el mismo programa e idénticas pruebas que las previstas para el concurso externo. En el año 2022, 10 candidatos sobre un total de 196 accedieron a la ENM a través de este formato, lo que constituye el 5'1 %. De ellos, 7 fueron mujeres y 3 varones³¹.

Es necesario hacer en este momento una referencia —siquiera breve, aunque la cuestión reviste, a nuestro juicio, una gran importancia— a la preparación de las oposiciones, su duración, su coste económico, su carácter reglado, etc. en Francia³². Además de la preparación privada —que, más o menos, se corresponde con el modelo que rige en España— y de la que ofertan los Institutos de Estudios Judiciales (IEJ), creados en 2008 y 2009 para la preparación del concurso externo, las *classes préparatoires* tienen por objeto impedir que condicionantes de naturaleza económica o social obstaculicen el acceso de algunas personas a una preparación de la máxima calidad. La finalidad es reflejar adecuadamente la diversidad social en el cuerpo del personal jurisdiccional e impulsar la garantía de la igualdad de oportunidades. Dichos cursos están ya implantados en París, Burdeos, Douai, Lyon y Orléans, y cada uno de ellos acoge a 18 alumnos cuyos currículos acreditan un especial mérito y una inequívoca motivación. La duración de esta preparación (también en el caso de la privada y la de los IEJ) es de 9 meses, su superación tiene un reconocimiento académico específico y de ella se hace cargo la ENM³³.

4. LA FORMACIÓN EN LA ENM³⁴

4.1. EL PROGRAMA PEDAGÓGICO

En palabras de uno de sus antiguos directores, el objetivo pedagógico de la ENM, su misión como institución, es la «[...] formation de techniciens impeccables et d'humanistes éclairés»³⁵. Para alcanzarlo, la formación, su estructuración y duración han ido variando y adaptándose progresivamente a las necesidades emergentes, desde la crucial reforma de 2008 hasta la más reciente de 2019. En esencia, el programa pedagógico se estructura en dos grandes fases articuladas en torno a 8 ejes claramente definidos.

Para su implementación, la ENM dispone en su sede de Burdeos de un claustro permanente de 25 formadores coordinadores. De ellos, 23 son magistrados adscritos a la ENM durante un máximo de seis años, lo que garantiza una óptima correspondencia entre la formación teórica y las prácticas profesionales. Un letrado jefe y un profesor de lengua completan el equipo. La ENM dispone, además, de una cincuentena de docentes asociados —magistrados y profesionales tales como abogados, médicos, investigadores o docentes— que contribuyen con sus conocimientos a la docencia. En definitiva, cada año más de 750 intervinientes aportan a cada promoción sus conocimientos especializados en Derecho, historia, sociología, psicología, psiquiatría, medicina legal o criminología.

Para que la formación sea integral y garantice, además, la permanente actualización de los magistrados se ha estructurado en dos fases bien diferenciadas. La primera fase la constituye un periodo de «formación inicial» que se imparte en Burdeos tras superar las pruebas de acceso a la ENM. Durante este periodo, se trabaja en grupos de unos 20 alumnos, y la formación culmina con los exámenes de nivel, determinantes en función del mérito (las calificaciones obtenidas) del primer destino. En esta etapa formativa se combinan clases teóricas y *stages* (prácticas) en órganos judiciales, fiscalías, etc.; además, paralelamente se imparten una serie de materias obligatorias y otro tipo de formación, constituida en módulos cuyo contenido es más diverso, ya que depende de las necesidades coyunturales de la sociedad, que son también cambiantes³⁶.

Los dos primeros años de la formación (*phase généraliste*) son comunes al conjunto del alumnado y están dirigidos a la adquisición de las competencias esenciales correspondientes a la profesión de magistrado, que cada alumno aplicará en las numerosas prácticas programadas. Los seis meses finales de la formación se consagran a la especialización —teórica en la ENM y práctica en diferentes ubicaciones del foro— en la función que cada alumno ha elegido y que es previa a la toma de posesión del destino³⁷.

En suma, la duración del primer periodo formativo es, desde 1991, de 31 meses en la ENM, en aplicación de su programa pedagógico de formación inicial³⁸.

Con el principal objetivo de fomentar las capacidades consideradas esenciales para el óptimo desempeño de las tareas propias de un magistrado —evidentemente, la competencia técnica, es decir, los conocimientos jurídicos, «se les suponen»—, entre ellas el trabajo en equipo, la motivación correcta de las decisiones, la adaptación a contextos cambiantes o la adopción de decisiones adecuadas a las circunstancias, se han formulado ocho ejes o polos de formación (*pôles de formation*)³⁹ que regirán la capacitación en las dos fases a las que se ha hecho referencia anteriormente, constituyendo la columna vertebral de la formación. Veamos, sintéticamente algunos de los contenidos o materias —algunas de ellas con vocación de transversalidad— más relevantes agrupados en torno a los mencionados ocho ejes, tal y como se recogen en el programa pedagógico 2022⁴⁰.

- i) *Processus de décision et de formalisation de la Justice civile*, en el que, entre otros contenidos, figuran los principios rectores del proceso civil, el análisis de un expediente y la adopción de resoluciones. También la resolución amigable de conflictos.
- ii) *Processus de décision et de formalisation de la justice pénale*, en el que destacan la ordenación de las actuaciones de instrucción y enjuiciamiento, así como la ejecución integralmente considerada y, en general, la metodología del enjuiciamiento penal.
- iii) *Humanités judiciaires*, en el que se trabajan aspectos éticos y deontológicos, además de las expectativas de los justiciables. También se profundiza en el rol social de la Justicia, la independencia judicial y las nuevas tecnologías⁴¹.
- iv) *Communication judiciaire*, en el que hallamos la capacidad de escuchar al justiciable y de empatizar con él o la gestión constructiva de conflictos y emociones.

También comprende todos los aspectos relativos a la esencial comunicación institucional.

- v) *Administration de la justice*, que busca profundizar en el conocimiento de los medios y recursos con los que cuenta la Justicia, la Administración del Estado y otras administraciones públicas involucradas.
- vi) *Dimension internationale de la justice*, con el que se pretende profundizar en el conocimiento de las instituciones supranacionales, y en los instrumentos y prácticas de cooperación internacional. También se busca la familiarización con el Derecho comparado. Desde la reforma de 2008, el inglés es la única lengua obligatoria al servicio de la dimensión internacional.
- vii) *Environnement judiciaire*, en el que figuran el estudio de la evolución de los fenómenos criminales más notables, así como el conocimiento del delincuente, aspectos criminológicos y psicológicos y, destacadamente, el estatus integral de la víctima.
- viii) *Pôle économique, social et environnemental*, a través del que se pretende incidir en el conocimiento del contexto socioeconómico —nacional e internacional— y del diálogo social, así como aspectos relativos a la salud, la calidad de vida laboral y la precariedad económica. Inicialmente se denominó *Vie de l'entreprise*.

4.2. LAS PRUEBAS, LAS CALIFICACIONES Y LA CLASIFICACIÓN FINAL

En el programa de estudios de la ENM, las clases prácticas y teóricas se alternan continuamente, y se estructuran en bloques formativos a los que, como hemos visto, se asigna un periodo concreto de ejecución. Al final de cada uno de ellos —a modo de evaluación continua a lo largo de toda la formación— se realizan una serie de pruebas escritas y orales adaptadas a la naturaleza de la formación (siempre teórica y práctica) tendentes a acreditar fehacientemente la correcta adquisición de conocimientos, competencias fundamentales y técnicas propias de cada función.

Además, está prevista una evaluación final tras la conclusión del periodo formativo⁴². Terminadas las pruebas, un jurado o comisión independiente de la ENM, presidido por un magistrado de la *Cour de cassation*, a la vista de todos los resultados de cada candidato, decidirá sobre su aptitud para ser magistrado profesional con base, esencialmente, en la nota media de las pruebas, pudiendo, entre otras posibilidades, llegar a excluir a un candidato o determinar que debe repetir su *stage*. En esta evaluación final se tendrán en cuenta tanto la opinión motivada del director de la ENM como los informes del director del centro de prácticas y del coordinador regional de la formación.

Desde la reforma de 2008⁴³, el proceso de evaluación se orienta a proporcionar datos objetivos sobre la capacidad de cada *auditeur de justice* para hacerse cargo la función jurisdiccional, y genera finalmente una relación (*liste de classement*) de los candidatos que han superado todas las pruebas, ordenada según el mérito acreditado reflejado en los puntos obtenidos. El jurado o comisión determina el total de puntos de cada candidata o candida-

to, y los nuevos magistrados podrán elegir su primer destino en función de la posición que ocupan en dicha clasificación⁴⁴.

Concluida la formación, los *auditeurs de justice* prestan colectivamente el juramento (*serment*) de magistrado en un acto solemne ante los magistrados de la *Cour de Cassation*⁴⁵.

5. CONCLUSIONES

La concepción del poder judicial no es, en lo esencial, sustancialmente distinta en Francia y en España. Se trata, en ambos casos, de un poder estatal diferenciado de los poderes ejecutivo y legislativo, poderes que configuran un modelo que responde a la estructura de un Estado social y democrático de Derecho perfectamente integrado en la UE. También en Francia el poder judicial está formado por personal jurisdiccional, jueces y magistrados, que son funcionarios públicos independientes e inamovibles, imparciales y responsables en su función esencial de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

El mecanismo diseñado para el acceso a la carrera judicial es prácticamente idéntico en ambos países, ya que se trata de una oposición que, de ser superada, franquea el acceso a la Escuela Judicial —ENM en el caso de Francia—, en la que, tras la adquisición y posterior acreditación de determinada formación específica y reglada, se obtiene el acceso pleno al estatus de juez.

La oposición basada en los principios ya clásicos de capacidad, mérito e igualdad es, seguramente, el mejor sistema de acceso a la función pública, en general, y a la carrera judicial en particular, en lo que concierne a la categoría que integra la base, es decir, la de juez.

Los mencionados principios, poco controvertidos y generalmente aceptados, pueden constituir la base de diferentes sistemas concretos, *v. gr.*, el español o el francés actual. Es decir, pueden materializarse y desarrollarse de maneras muy diferentes, como hemos mostrado en este estudio.

El propósito que nos ha animado en todo momento es la mejora del sistema actual de acceso a la carrera judicial en España, sin alterar los mencionados principios y ganando en objetividad y transparencia, objetivo cuyo logro, creemos, es factible sin excesiva dificultad. En este marco propositivo, formulamos las siguientes conclusiones que recogen aspectos ya plasmados en el sistema francés, que hemos analizado y que nos sirven como inspiración, aunque no renunciamos a ir incluso más allá en el salto cualitativo que el sistema español, en nuestra opinión, necesita con urgencia.

Primera. Por lo que respecta a la fase de *preparación para el acceso a la Escuela Judicial*, que es —a nuestro juicio— la que más atención precisa, y tomando como ejemplo el sistema francés, se trataría de avanzar en aspectos tales como la igualdad de oportunidades, la transparencia, el reconocimiento y la eficiencia. Proponemos, en este sentido, que el acceso se realice través de una preparación de duración, condiciones y contenido reglados y

verificables, en definitiva, un acceso más atractivo, menos incierto y que, en consecuencia, aliente vocaciones.

Para ello, sería preciso que —sin perjuicio de que puedan existir, como hasta ahora, circuitos de preparación privados— se concibiera un sistema público de preparación en el que estén involucradas y comprometidas las universidades públicas del país, para las que reivindicamos un rol indiscutible, bajo la coordinación de CGPJ, a través de la directa implicación y supervisión de la Escuela Judicial.

El ejemplo francés, liderado por la ENM, que establece convenios con universidades públicas y otras instituciones, a las que acredita para que puedan preparar a los candidatos —quienes deberán superar un posgrado previamente a intentar el acceso— nos parece una mejora sustancial que incide, aliviándolas, en todas las debilidades del sistema español actual.

Segunda. En relación con las *pruebas que integran la oposición y a los tribunales evaluadores*, proponemos incorporar a los temarios existentes conocimientos adicionales a los jurídicos e igualmente imprescindibles relacionados, ente otras disciplinas, con las ciencias del comportamiento, la psicología, la antropología, la economía y, por supuesto, las nuevas tecnologías aplicadas al funcionamiento del poder judicial. En consecuencia, nos parecería también positivo que los tribunales pudieran estar integrados no solo por juristas, sino también por profesionales de otros ámbitos de conocimiento.

Sugerimos, adicionalmente, la pertinencia de incorporar pruebas psicotécnicas eliminatorias, como ocurre en otros cuerpos de funcionarios, capaces de verificar el grado de idoneidad de las personas que se hallan en proceso de formación.

Es asimismo necesario que las pruebas, su realización y también, por tanto, su preparación, no sean tan marcadamente dependientes de la memoria. Hay otras habilidades no menos relevantes —capacidad de síntesis, de relación, de expresión, etc.— que deben ser potenciadas y estimuladas a lo largo de todo el proceso formativo y a las que debería asignarse el valor que merecen.

Tercera. En cuanto a *formación tanto inicial como a lo largo de la vida*, cabe señalar que la Comunicación, de 2 de diciembre de 2020, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, cuyo objeto es «Garantizar la justicia en la UE: estrategia europea sobre la formación judicial para 2021-2024», constata necesidades emergentes de formación —tanto inicial como permanente—, impresiones que compartimos plenamente, que no pueden ser obviadas y que cada Estado debe atender adecuadamente.

Se trata de acciones que los proveedores de formación —en España, destacadamente, la Escuela Judicial debidamente coordinada con la universidad— deben implementar de forma diligente. Mencionaremos expresamente las siguientes:

«Hacer que la formación sobre el acervo de la UE relativo al Estado de Derecho y los derechos fundamentales, tal y como establecen los Tratados y la Carta de los Derechos Fundamentales de

la UE, esté disponible sistemáticamente en la oferta de formación continua para jueces y otros profesionales de la Justicia.

Incorporar el Derecho de la Unión, incluida la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, en las actividades de formación sobre legislación nacional y, cuando proceda, organizar formaciones específicas sobre el Derecho de la Unión.

Ofrecer formación para mejorar la sensibilización y las capacidades sobre digitalización e inteligencia artificial, y sobre el uso eficiente de los procedimientos y registros judiciales digitalizados.

Garantizar una formación eficaz sobre los nuevos desarrollos en el Derecho de la Unión y la jurisprudencia de la UE, incluidos los instrumentos de cooperación judicial transfronteriza y la Fiscalía Europea.

Centrar la formación en la protección de los derechos de las personas en el espacio digital (por ejemplo, protección de datos, privacidad, no discriminación, protección contra la violencia de género en línea, Derecho contractual y derechos del consumidor) y los derechos de grupos específicos (por ejemplo, los menores, personas con discapacidad y víctimas de violencia de género, racismo y discriminación).

Realizar un seguimiento de las necesidades de formación y adaptar los planes de estudio a los nuevos desafíos».

Cuarta. La reflexión a la que debería conducirnos la lectura de este trabajo y las propuestas concretas con las que concluye no puede extenderse de forma ilimitada y fluida en el tiempo. Ya es hora de activar políticas públicas de Estado decididamente dirigidas a mejorar el sistema judicial español —que atraviesa horas bajas— y, en particular, a hacer más eficiente y justo el sistema de selección y acceso, y de mayor calidad la formación del personal jurisdiccional.

NOTAS

1. Esparza Leibar (2012).

2. *Vid.* Gómez Colomer y Esparza Leibar (2009). También, Esparza Leibar (2021). Asimismo, Esparza Leibar (2022a). Además, Esparza Leibar (2022b). En lo que concierne a la justicia restaurativa, *vid.* De la Cuesta y Subijana (2017). Finalmente, y por lo que al análisis de lo que el espacio europeo de justicia supone, *vid., v. gr.*, la obra colectiva dirigida por Llorente Sánchez-Arjona (2021).

3. *Vid.* Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, con el objeto de «Garantizar la justicia en la UE: estrategia europea sobre la formación judicial para 2021-2024», de 2 de diciembre de 2020. En relación con el valor del Derecho comparado como instrumento útil para el progreso científico, *vid.* Gómez Colomer (2021).

4. La estrategia europea de formación incluye esta previsión: «3. Elementos necesarios de la formación de los profesionales más allá del Derecho de la Unión: La formación judicial europea debería contemplar algo más que la formación jurídica y apoyar el desarrollo de las capacidades profesionales. Los principios legislativos y jurídicos no funcionan de forma aislada, por lo que los profesionales de la Justicia deben adquirir competencias multidisciplinarias. Si bien es una responsabilidad nacional, la formación en “judicatura” es fundamental para la eficacia de la justicia, la relación de confianza entre los sistemas judiciales y los miembros del público, y la confianza entre profesionales en la cooperación transfronteriza. Los principales temas de formación para los jueces incluyen conducta judicial, resiliencia, sesgo incons-

ciente, administración de casos y de los tribunales, y liderazgo. Además, para adquirir los conocimientos técnicos, aptitudes y experiencia necesarios, todos los profesionales de la Justicia necesitan formación en conocimientos y capacidades no jurídicos, p. ej. relacionados con las ciencias del comportamiento, la psicología, la antropología, la economía y la lingüística cognitiva [...] El dominio de lenguas extranjeras ayuda a los profesionales de la Justicia a comprender los sistemas y conceptos legales extranjeros, y aumenta la participación en actividades de formación transnacionales».

5. Esparza Leibar (2009).

6. Como antecedente inmediato de la situación actual, es preciso mencionar que en 1959 se creó, mediante las Ordonnances de 22 de diciembre de 1958 y de 7 de enero de 1959, el Centro Nacional de Estudios Judiciales, con sede en París, que en 1970 adoptó su denominación actual *École Nationale de la Magistrature*. En una clara apuesta por la descentralización, la sede de la ENM quedó fijada en Burdeos. En relación con la naturaleza jurídica, la dependencia y las funciones atribuidas a la *École Nationale de la Magistrature*, *vid. Décret n.º 72-355 du 4 mai 1972 relatif à l'École Nationale de la Magistrature*. La ENM es el único organismo existente en Francia para la formación de los futuros magistrados, también para la formación permanente de los magistrados en activo, así como para la formación de los magistrados extranjeros. También se ocupa de formar al personal no jurisdiccional llamado a ejercer funciones jurisdiccionales o bien a colaborar estrechamente con la actividad jurisdiccional. Su misión fundamental es reclutar y formar a jueces y fiscales. De los alumnos que la ENM recluta cada año, en torno a la mitad son profesionales que buscan una reconversión o reorientación profesional (antiguos abogados, juristas, determinados funcionarios públicos, etc.). La formación inicial permite a los alumnos, una vez egresados, acceder a las funciones de juez (*juge, juge d'instance, juge des enfants, juge d'instruction, juge de l'application des peines*) y de fiscal sustituto. Además, la ENM se ocupa de la formación continua obligatoria de los aproximadamente 9.000 magistrados franceses en activo.

7. *Ministère de la Justice, Projet de Loi de Finances 2023. Journal-du-palais.fr, Le budget de la Justice en hausse de 8 %*, publicado el 6 de octubre de 2022. Disponible en: <www.budget.gouv.fr>.

8. En la sede de Burdeos se desarrollan las dos primeras misiones, además de la actividad de investigación. En la sede parisina se centraliza el resto de la actividad de la ENM: la formación continua, la formación internacional y la formación especializada. El grupo normativo regulador se completa con el *Décret n.º 2017-894 du 6 mai 2017, relatif à l'École nationale de la magistrature*, y el *Décret n.º 2017-898 du 9 mai 2017*.

9. Una información detallada, precisa y actualizada sobre la ENM la encontraremos en el *Rapport d'activité 2021*, presentado por su directora Nathalie Roret. Disponible en: <enm.justice.fr>.

10. *École Nationale de la Magistrature* (2021: 32 ss., en relación con el reclutamiento, y 41 ss. sobre la formación inicial).

11. Sobre el sistema de reclutamiento y su evolución, *vid. Fillon, Boninchi y Lecompte* (2008). También, Boigeol (1995).

12. *École Nationale de la Magistrature* (2021: 50 ss.), en relación con la formación continua.

13. *Ibidem* (67 ss.), en relación con la formación y la cooperación internacionales.

14. La LOPJ se refiere al reclutamiento de jueces en España en su artículo 301. Un somero análisis de las reformas que han afectado al sistema de reclutamiento de jueces en nuestro país a través de las sucesivas redacciones del mencionado precepto evidencia una decidida opción del legislador por un sistema básico de oposición libre, más la superación de un curso en la Escuela Judicial, como única vía de acceso a la categoría de juez, con alguna flexibilidad excepcional en relación con las demás categorías (juristas de reconocida competencia).

15. En el caso francés, tanto los jueces como los fiscales se forman conjuntamente en la ENM.
16. A este respecto, desde la perspectiva de la necesidad de construcción de un espacio europeo de justicia que sea capaz de garantizar el Estado de Derecho, y proteger así de forma eficiente los derechos fundamentales de sus ciudadanos, es muy interesante el trabajo de Marcos González (2016).
17. *Vid.*, ENM, *Programme pédagogique formation initiale. Promotion 2009*. Dicha promoción ingresó en la ENM para el inicio de su capacitación el 24 de agosto de 2009. Es interesante constatar el dato de que el 75,85 % del alumnado de la promoción de 2009 fueron mujeres. En 2021 lo han sido el 76,4 %.
18. La cifra de alumnos admitidos en la promoción de 2009 evidencia una sostenida tendencia a la baja en el ingreso en la ENM a partir del año 2006 —recordemos que corresponde al ministro de Justicia fijar cada año el número de plazas de magistrado que deben ser cubiertas—. Así, en 2005 fueron 287 los integrantes de la promoción, en 2006 fueron 289, en 2007 la promoción la integraron 252 alumnos, mientras que en 2008 fueron 207 auditores, frente a los 137 de la promoción de 2009. Los últimos datos oficiales de los que disponemos, de 2021 y 2022, muestran que la tendencia se invierte.
19. *Vid.*, *École Nationale de la Magistrature, Profil de la promotion. Des auditeurs de justice issus des trois concours et du recrutement sur titres. Promotion 2022*. De los 261 *auditeurs* que componen la promoción de 2022, 151 provienen del primer concurso (57,8 %), 35 provienen del segundo concurso (13,4 %), 10 del tercer concurso (3,8 %), y 65 provienen del reclutamiento *sur titres* (24,9 %). De los 335 que componían la promoción de 2021, las cifras y porcentajes desglosados, fueron los siguientes respectivamente: 196 provenían del primer concurso (58,5 %), 48 lo hicieron del segundo concurso (14,3 %), 8 del tercer concurso (2,3 %), mientras que 83 provenían del reclutamiento *sur titres* (24,7 %). Hasta 2007 el número de candidatos que ingresaban como máximo *sur titres* era de un 20 % (1/5), de manera que se ha querido ampliar dicho cauce. El *Décret n° 2019-99, relatif aux concours d'accès à l'École nationale de la magistrature* de 13 de febrero de 2019, se aplicó para la promoción de en 2020, y se refiere a los 3 tipos de concurso de acceso a la ENM. Su principal objetivo es el de actualizar los programas formativos, así como privilegiar las pruebas que permitan verificar la capacidad de razonamiento de los candidatos. También busca atraer cierta diversidad de currículos universitarios por medio de las diversas opciones que los candidatos pueden realizar en el momento de la inscripción, de la misma forma que dar mayor consideración al estatus de profesionales en ejercicio como candidatos a los concursos 2º y 3º.
20. De no cumplirse dicho compromiso, el *auditeur de justice* deberá reembolsar el salario percibido. Durante el periodo de formación los *auditeurs de justice* tienen asignada una remuneración promedio de algo más 1700 € mensuales brutos más dietas
21. Están igualmente previstas otras formas de acceso a la magistratura. Son las formas excepcionales que complementan al concurso-oposición y que dotan al Ministerio de un instrumento de reclutamiento más flexible, que en un momento dado puede ser necesario utilizar, *v. gr.*, los *concours complémentaires* organizados puntualmente, orientados a personas de más de 35 años y una experiencia profesional de 10 años. Dan acceso a una formación condensada de 7 meses, en lugar de la ordinaria de 31, *recrutement sur titres, magistrats à titre temporaire*, etc.
22. Hasta 2009, la composición del jurado era de 13 miembros, con un perfil jurídico absolutamente mayoritario, *v. gr.*, no había ni un psicólogo ni un experto en materia de recursos humanos o funcionamiento sostenible de la administración. Con la ampliación, cualitativa, de la composición del jurado se pretende favorecer una visión transversal o cruzada de los candidatos. Se trata de incorporar una perspectiva externa que no adolezca de la visión «deformada» o clónica, limitada en todo caso, que las personas de igual formación y ejercicio profesional puedan tener, es la «mirada de Cándido», la que se pretende incorporar. La ENM propone al ministro de Justicia, quien la acuerda para cada periodo, la lista de miembros del jurado. Está igualmente previsto que examinadores especializados puedan auxiliar, como asesores, a los miembros del jurado, participando con voz en las deliberaciones. En el caso de España, la

vigente versión del art. 304 de la LOPJ establece al respecto: «1. El Tribunal que evaluará las pruebas de ingreso en las carreras judicial y fiscal, por las categorías de juez y de abogado fiscal respectivamente, estará presidido por un magistrado del Tribunal Supremo o de un Tribunal Superior de Justicia o un fiscal de Sala o fiscal del Tribunal Supremo o de una Fiscalía de Tribunal Superior de Justicia, y serán vocales dos magistrados, dos fiscales, un catedrático de universidad de disciplina jurídica en que consistan las pruebas de acceso, un abogado del Estado, un abogado con más de diez años de ejercicio profesional y un letrado de la Administración de Justicia de la categoría primera o segunda, que actuará como secretario». El perfil del tribunal evaluador es y ha sido siempre 100 % jurídico en nuestro país. El art. 305 de la LOPJ se refiere a la composición de la Comisión de Selección, de perfil también 100 % jurídico, que además de lo dispuesto en el artículo anterior, será competente para: «a) Proponer el temario, el contenido de los ejercicios y las normas complementarias que han de regir la oposición para el acceso a las carreras judicial y fiscal, sometiéndolos a la aprobación del Ministerio de Justicia y del Pleno del Consejo General del Poder Judicial. b) Realizar los trámites administrativos precisos para la distribución de los aprobados a las respectivas Escuelas según la opción que hayan realizado, conforme se dispone en el artículo 301.2». Finalmente, dispone el art. 306 de la LOPJ dispone: «1. La oposición para el ingreso en las carreras judicial y fiscal por la categoría de juez y de abogado fiscal se convocará al menos cada dos años, realizándose la convocatoria por la Comisión de Selección prevista en el apartado 1 del artículo 305, previa propuesta del Consejo General del Poder Judicial y del Ministerio de Justicia, atendiendo al número máximo de plazas que corresponda ofrecer de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 301 y en atención a las disponibilidades presupuestarias. 2. En ningún caso podrá el tribunal seleccionar en las pruebas previstas en el artículo 301 a un número de candidatos superior al de las plazas que hubieran sido convocadas según lo dispuesto en dicho artículo. 3. Los que hubiesen superado la oposición como aspirantes al ingreso en la carrera judicial, tendrán la consideración de funcionarios en prácticas».

23. Al respecto, *vid.*, *Décret n° 2019-99 du 13 février 2019 relatif aux concours d'accès à L'École nationale de la magistrature*. Su aplicación se inició con los concursos de acceso organizados en 2020.

24. Disponible en: <www.enm.justice.fr/devenir_magistrat/preparer_les_concours/epreuves_et_programmes>. [Consulta: noviembre de 2022]. Incluye los programas y descripciones de todas las pruebas. También se especifican las pruebas escritas de admisibilidad adaptadas a los concursos de acceso 2º y 3º, y al concurso complementario.

25. *Ibidem*. Incluye los programas y descripciones de todas las pruebas. También se especifican las pruebas orales de admisión adaptadas a los concursos de acceso 2º y 3º, y al concurso complementario. En general, detectamos que la reforma de los concursos de acceso operada en 2019 supone una reducción de las pruebas teóricas y un correlativo aumento de las prácticas. Por otra parte, la norma vigente limita a tres veces la posibilidad de cada candidato de presentarse a los concursos de acceso de la ENM, interpretándose que son tres veces por cada una de las tres diferentes vías dentro de la modalidad de concurso-oposición. En 2019, el 59 % de los candidatos superaron el concurso a la primera, el 35 % lo hicieron a la segunda, y el 6 % restante lo hizo al tercer intento.

26. El porcentaje, desagregado por sexos, de candidatos que accedieron a la ENM en 2021 fue de un 76'4% de mujeres, y de un 23,5 % de varones. En relación con el concurso-oposición, *vid.*, detalladamente, Astruc (2010). También, Gonnin (32018). Para la promoción de 2022, encontramos en la página web de la ENM el siguiente anuncio dirigido a personas interesadas: «*Vous souhaitez devenir magistrat? Inscrivez-vous jusqu'au 11 mars 2022, selon votre profil, à l'un des 3 concours d'accès à l'École nationale de la magistrature, qui forme tous les futurs juges et procureurs. Respectivement ouverts aux étudiants, aux agents publics et aux professionnels du secteur privé souhaitant intégrer le corps, ils permettent de suivre à l'ENM une formation professionnelle rémunérée de 31 mois composée à 70 % de stages, en qualité d'auditeur ou d'auditrice de justice*». Los tres concursos de acceso a la ENM existentes, se activan cada año por resolución del ministro de Justicia. El reparto de plazas entre los tres concursos se fijan en dicha resolución en una hor-

quilla que va desde el 65 %, mínimo, y 77 %, máximo, para los candidatos del primer concurso. Entre el 18 %, mínimo, y el 25 %, máximo, reservado para los candidatos del segundo concurso, y, finalmente, entre el 5 %, mínimo, y el 10 %, máximo, para los candidatos del tercer concurso.

27. La fecha establecida para el cómputo de la edad (y demás requisitos temporales) es, en todos los casos, el primero de enero del año del concurso. *Vid.*, art. 17, *Décret n° 2017-894 du 6 mai 2017, relatif à l'École nationale de la magistrature*.

28. Cada uno de los años 2018, 2019 y 2020, se ofrecieron 250 plazas de acceso a la ENM, y las reservadas al primer concurso de acceso, en cada uno de dichos ejercicios, fueron 192, lo que constituye un 76,8 %.

29. Sobre la presencia de hombres y mujeres en la promoción 2022, y la evolución de la feminización de las promociones desde 1984, *vid.*, *École Nationale de la Magistrature*, «*Profil de la promotion. Des auditeurs de justice issus des trois concours et du recrutement sur titres*». *Promotion 2022*, op. cit., p. 13.

30. *Ídem*.

31. *Ídem*.

32. En España es clásica y ha sido central la figura del preparador que, habiendo cumplido un importante papel, en nuestra opinión y en la actualidad presenta algunos déficits, no siendo el menor de ellos el excesivo coste económico que para el candidato supone, que debe dedicarse en exclusiva y durante no menos de tres años, frecuentemente más, a la preparación de la oposición. Es cierto que existen becas, concedidas por instituciones públicas cuya finalidad es precisamente sufragar dicha necesidad haciendo la situación económicamente viable, y que las universidades públicas, desde hace algunos años, han comenzado a coordinar y organizar la preparación de las oposiciones, facilitando las cosas a los candidatos. No obstante, nuestra valoración es que el sistema es, particularmente en este punto, bastante desmotivador para quienes, en muchos casos movidos por la vocación, se plantean acceder a la carrera judicial, y muy en particular por el excesivo tiempo (más de 3 años de media, para tener alguna garantía de éxito), sin mencionar la completa y exclusiva dedicación, que requiere en la actualidad la preparación de dichas oposiciones. Por fin, la falta de reconocimiento alguno (v. gr., académico) del duro trabajo realizado de forma sostenida, abnegada y disciplinada, en el caso de no superación de la oposición, se nos antoja un obstáculo insuperable para muchos candidatos con potencial para ser buenos jueces y juezas.

33. Cerca del 60 % de los candidatos a acceder a la ENM recurrieron hasta 2008 a una preparación, total o parcialmente, privada (más o menos nuestro preparador) que tiene un costo de en torno a 3000 € por año. El porcentaje se reduce progresivamente hasta menos del 40% en 2022. Por lo que a la preparación pública se refiere, las llamadas *classes préparatoires*, la primera experiencia se lleva a cabo a partir de enero de 2008, en la sede parisina de la ENM con 15 alumnos y alcanza unos alentadores resultados que están a la altura de las expectativas. Posteriormente, en 2009, se habilitan clases preparatorias también en Burdeos y Douai, y en 2021 se añaden a la lista Lyon y Orléans. Todas ellas se constituyen con grupos de 18 alumnos. Tradicionalmente se han ocupado además de la preparación de los candidatos el Instituto de Estudios Judiciales/*Institut d'Études Judiciaires/IEJ* y el Instituto de Estudios Políticos/*Institut d'Études Politiques/IEP*, en sus diversas sedes de la mayor parte de las Facultades de Derecho de universidades públicas francesas, aunque en este caso cada curso tiene un número elevado de alumnos que puede llegar hasta varios cientos, de tal manera que la dinámica pedagógica queda condicionada, siendo radicalmente distinta a la pretendida con las clases preparatorias, lo que finalmente tiene un reflejo en los resultados. Todo ello evidencia que sea deseable una armonización en el sistema de preparación de las oposiciones, en lo relativo a cuestiones como: Tamaño de grupos, número de becas e importe de las mismas, alojamiento, etc. Para ello, desde 2017 la ENM desarrolla estrategias regionales en colaboración con centros de formación superior, con el objeto de ampliar y diversificar el reclutamiento de jueces y fiscales en condiciones

de igualdad de oportunidades. Es el caso del convenio entre la ENM e instituciones judiciales territoriales/*Cour d'Appel* y universitarias bretonas de 2017, creador del master 2 para la preparación pública del concurso de acceso, abierto a 40 estudiantes cada año en la ciudad de Rennes. En 2018 se incorpora a la red, siguiendo el mismo modelo, el *Institut d'études politiques* (IEP) d'Aix en Provence, para entre 5 y 10 estudiantes becados cada año. Es también el caso de Nueva Caledonia, territorio de ultramar para el que se reservan 3 plazas. Por lo que al ciclo preparatorio para la segunda y tercera vías del concurso-oposición concierne, el mismo se puede realizar, desde 2010, de forma online o no presencial, los candidatos tendrán derecho a solicitar a su respectiva administración o empresa una licencia para la preparación. En 2022, un tercio de los *auditeurs de justice* declaran haber preparado el primer concurso de acceso en uno de los 9 IEJ. Vid., *École Nationale de la Magistrature*, “*Profil de la promotion. Des auditeurs de justice issus des trois concours et du recrutement sur titres.*” *Promotion 2022*, p. 9. Los candidatos becados han sido en 2022, un 37,09 %.

34. *Décret n°72-355 du 4 mai 1972 relatif à l'École nationale de la magistrature, arts. 40 y ss.* También, vid., Astruc (2010: 54 y ss.) Vid., también, ENM “*Programme pédagogique. Promotion 2022*”, *Bordeaux 2022*. Disponible en: <www.enm.justice.fr/formation-initiale-francais>.

35. Vid., Astruc (2010: 56), que a su vez cita a Jean François Burgelin, director de la ENM, en el periodo 1978-1981.

36. *V. gr.*, la informática o la lengua extranjera (el renovado programa de estudios ha dejado como única lengua extranjera impartida con carácter obligatorio, a partir de la promoción 2009, al inglés, quedando el alemán, el español, el italiano y el árabe, como lenguas facultativas).

37. La secuenciación y los calendarios de la formación, ordenada por actividades teórico-prácticas y de evaluación, y su respectiva duración, la hallamos expuesta en, ENM “*Programme pédagogique. Promotion 2022*”, op. cit., p. 29. Disponible en: <www.enm.justice.fr/formation-initiale-francais>.

38. Vid. art. 125, *Règlement intérieur de l'ENM*.

39. Apenas se aprecia evolución en la expresión y ordenación de los ocho ejes, desde su primera y novedosa formulación en el programa pedagógico preparado para la promoción de 2009. Al respecto, vid. Astruc (2010: 32 ss.).

40. Vid. Astruc (2010: 54 ss.). En lo relativo a los ejes o polos de formación, detalladamente, pp. 62 ss. Pormenorizadamente en el “*Programme pédagogique. Promotion 2022*”, op. cit., formulados en la p. 10 y desarrollados, tanto sus contenidos como las capacidades que se trabajan y se pretenden desarrollar, en las pp. 36 y ss. La programación asignada la encontramos en la p. 35. Disponible en: <www.enm.justice.fr/formation-initiale-francais>.

41. Encontramos que, al respecto de las nuevas tecnologías y de la transformación digital —y de su influencia en el estatus y en la manera de desarrollar el trabajo de jueces y magistrados— existe en la actualidad un acrecentado interés. Vid., *v. gr.*, Pauliat (2021: 7 ss.) o Dochy (2021: 62 ss.).

42. La evaluación de la promoción de 2022 se realizará entre febrero y marzo de 2023. La evaluación correspondiente al final de las prácticas se realizará en enero de 2024. El examen final de aptitud y clasificación se verificará entre enero y febrero de 2024. Vid., ENM “*Programme pédagogique. Promotion 2022*”, op. cit., p. 29. Disponible en: <www.enm.justice.fr/formation-initiale-francais>.

43. El *Décret n° 2008-1151 du 31 décembre 2008* reformó muchos artículos del anterior *Décret n°93-548 du 26 mars 1993 pris pour l'application de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant sur la loi organique relative au statut de la magistrature*.

44. Sobre el procedimiento de evaluación, la composición de la comisión, la estadística de decisiones especiales, etc., *vid.* Astruc (2010: 81 ss.).

45. La fórmula empleada para pronunciar el juramento, de la que se ha eliminado toda connotación religiosa, es la siguiente: «*Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat*». Programa pedagógico para los alumnos/auditeurs de justice, de la ENM de 2022, p. 49.

BIBLIOGRAFÍA

ASTRUC, Philippe (2010): *Devenir magistrat aujourd'hui. Le recrutement et la formation des magistrats de l'ordre judiciaire*, París: Gazette du Palais.

BOIGEOL, Anne (1995), «Les transformations des modalités d'entrée dans la magistrature», *Pouvoirs*, 74, 28-41.

DE LA CUESTA, José Luis e Ignacio José SUBIJANA (Dir.) (2017): *Justicia restaurativa y terapéutica. Hacia innovadores modelos de justicia*, Valencia: Tirant lo Blanch.

DOCHY, Marie (2021): «L'indépendance du juge face aux nouvelles technologies», *Revue Justice Actualités*, 26, 62-83.

ESPARZA LEIBAR, Iñaki (2009): «El sistema de reclutamiento y la formación de magistrados en Francia. L'École Nationale de la Magistrature», *Cuadernos Eguzkilore*, 23, 333-350.

– (2012): «El proceso debido como único modelo aceptable para la resolución de conflictos en un estado de derecho y como presupuesto para la globalización», en J.L. Gómez Colomer *et al.* (coords.), *El Derecho Procesal español del siglo XX. A golpe de tango (Homenaje a Juan Montero Aroca)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 319-338.

– (2021): «La Inteligencia Artificial y el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal», en S. Barona Vilar (ed.), *Justicia algorítmica y Neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, Valencia: Tirant lo Blanch, 265-285.

– (2022a): «Derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal en el ámbito jurisdiccional e inteligencia artificial. La LO 7/2021, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales», en M. Llorente Sánchez-Arjona y S. Calaza López (dirs.), *Inteligencia artificial legal y administración de Justicia*, Cizur Menor: Aranzadi, 181-209.

– (2022b): «El estatus de la víctima del delito en el ordenamiento francés. En especial, la víctima del delito de trata de seres humanos», en A. Planchadell Gargallo y C. Villacampa Estiarte (dirs.), *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación ¿Es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?*, Valencia: Tirant lo Blanch, 749-774.

FILLON, Catherine, Marc BONINCHI y Arnaud LECOMPTE (2008): *Devenir Juge: mode de recrutement et crise des vocations de 1830 à nos jours*, París: Presses Universitaires de France.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (2021): «El uso del Derecho comparado en el Derecho Procesal», en P. Martín Ríos y M.A. Pérez Marín (dirs.), *La administración de justicia en España y en América*, Sevilla: Astigi, 771-799.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis e Iñaki ESPARZA LEIBAR (2009): *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*, Valencia: Tirant lo Blanch.

GONNIN, Gwénaél (2018): *Entrer à l'ENM: L'épreuve de connaissance et compréhension du monde contemporain: Premier, deuxième et troisième concours*, París: Gazette du Palais.

LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes (dir.) (2021): *Estudios procesales sobre el espacio europeo de justicia penal*, Cizur Menor: Aranzadi.

MARCOS GONZÁLEZ, María (2016): *Retos de la justicia en España. Algunas aportaciones de Derecho Comparado*, Lisboa: Juruá.
PAULIAT, Hélène (2021): «Transformation numérique de la justice: quelles influences sur le métier de magistrat?», *Revue Justice Actualités*, 26.

Fecha de recepción: 1 de febrero de 2023.

Fecha de aceptación: 21 de abril de 2023.

EL ACCESO A LA JUDICATURA EN ALEMANIA ACCESS TO THE JUDICIARY IN GERMANY

Walter Perron

*Catedrático emérito de Derecho penal, procesal penal y comparado
Universidad Freiburg im Breisgau*

Helmut Perron

Presidente del Tribunal Regional (Landgericht) de Heidelberg

RESUMEN

En la República Federal de Alemania, el acceso a la judicatura viene determinado por un entramado de normas jurídicas (Ley Fundamental, leyes federales, leyes de los estados federados) y diferentes modalidades prácticas debidas a la estructura federal. El sistema actual se desarrolló esencialmente en Prusia en los siglos XVIII y XIX y se adaptó a las necesidades del Estado constitucional moderno después de la Segunda Guerra Mundial. La gran mayoría de las plazas de juez son de competencia de los estados federados, mientras que el Gobierno federal solo es responsable de los tribunales supremos y del Tribunal Constitucional Federal. El punto de partida es el consenso ampliamente extendido de que la legitimidad democrática del nombramiento de jueces con carácter vitalicio solo está garantizada si lo llevan a cabo de forma decisiva representantes de los poderes legislativo y ejecutivo, mientras que el propio poder judicial puede participar en estas decisiones, pero sin contar con una mayoría decisiva. Sobre esta base, se han desarrollado diferentes sistemas a nivel federal y en los estados federados, que, salvo algunas excepciones, transfieren las decisiones más importantes al ejecutivo, mientras que el poder judicial solo suele tener una función consultiva. Las demandas de reformas profundas han sido rechazadas en repetidas ocasiones, la última en 2022.

PALABRAS CLAVE

Acceso a la judicatura, formación jurídica, legitimación democrática del poder judicial, poder judicial y federalismo, nombramiento de jueces.

ABSTRACT

In the Federal Republic of Germany, access to the judiciary is determined by a network of legal regulations (Constitution, federal laws, laws of the Federal States) and different practices due to the federal structure. The current system was essentially developed in Prussia in the 18th and 19th centuries and adapted to the needs of the modern constitutional state after the Second World War. The vast majority of judgeships are filled by the Federal States, while the Federal Government is only responsible for the supreme courts and the Federal Constitutional Court. The starting point is a widespread consensus that the democratic legitimacy of the appointment of judges for life is only guaranteed if it is decisively carried out by representatives of the legislative and executive branches, while the judiciary itself may be involved in these decisions but may not have a decisive majority. On this basis, different systems have developed at the federal level and in the Federal States, which, with a few exceptions, transfer the most important decisions to the executive, while the judiciary usually only has an advisory function. Demands for far-reaching reforms have been repeatedly rejected, most recently in 2022.

KEY WORDS

Access to the judiciary, legal training, democratic legitimization of the judiciary, judiciary and federalism, appointment of judges,

EL ACCESO A LA JUDICATURA EN ALEMANIA

Walter Perron

Catedrático emérito de Derecho penal, procesal penal y comparado
Universidad Freiburg im Breisgau

Helmut Perron

Presidente del Tribunal Regional (*Landgericht*) de Heidelberg

Sumario: 1. Introducción y bases históricas. 2. Regulación legal. 3. Nombramiento inicial como juez. 4. Nombramiento para un cargo judicial superior. 5. Práctica. 6. Críticas y debate sobre la reforma. Notas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN Y BASES HISTÓRICAS

El acceso a la magistratura en Alemania es una cuestión muy compleja, dado que existen muchas jurisdicciones diferentes. En el sistema federal, las competencias están repartidas entre los estados federados (*Länder*) y el Gobierno federal, y, además de los jueces profesionales, ciudadanos sin formación jurídica también intervienen como jueces en diversos tipos de procedimientos. Por otro lado, en Alemania existe un sistema de formación jurídica ampliamente uniforme que se remonta a la tradición prusiana y que está estrechamente vinculado al acceso a la judicatura. En esta contribución nos centraremos en los jueces profesionales y no en los jueces legos, que solo trabajan junto con los jueces profesionales y no ocupan el cargo de forma permanente, sino que se les asignan procedimientos individuales durante un período de tiempo limitado. Tampoco nos ocuparemos del acceso a la profesión de fiscal, aunque esta es muy similar a la de juez y ambas carreras se encuentran frecuentemente vinculadas. Por último, cabe señalar que, de conformidad con la ley alemana, aquí solo se utiliza la forma masculina «juez» en el sentido de una designación funcional neutra que se refiere tanto a representantes femeninos como masculinos de esta profesión.

Para comprender el sistema alemán es importante el trasfondo histórico (Hattenhauer, 1989: 513 ss.). El Sacro Imperio Romano de las Naciones alemanas no fue un Estado con un poder gubernamental central, sino una asociación de numerosos Estados individuales y unidades políticas pequeñas en la que convivían muchos sistemas jurídicos y judiciales diferentes. El desarrollo en Prusia fue decisivo para el Imperio Alemán, fundado en 1871 y, tras la Segunda Guerra Mundial, también para la República Federal de Alemania. Desde finales del siglo XVIII se creó en Prusia un sistema muy especial de formación jurídica y reclutamiento de jueces, que sigue vigente hasta hoy. Prusia también surgió de una multitud de Estados más pequeños que tuvieron que unificarse con dificultad a lo largo de varios siglos. Un pilar de apoyo de este proceso de unificación fue el funcionariado prusiano, al cual también pertenecieron los jueces. El Código Judicial prusiano de 1815 no solo sentó los fundamentos de la judicatura prusiana, sino que se convirtió también en el fundamento de toda la formación jurídica alemana. Desde entonces, la «cualificación para ser juez» es el objetivo de la formación jurídica al que aspiran casi todos los estudiantes de Derecho, aunque no quieran trabajar como jueces. En otras palabras, desde entonces, toda la formación jurídica alemana se orienta al ejercicio de la profesión de juez.

El primer requisito fue una formación universitaria de tres años en Derecho. Sin embargo, la conclusión de este ciclo académico no tenía una importancia especial, pues los graduados en Derecho debían aprobar un riguroso examen de acceso a la judicatura como requisito para ingresar en la carrera judicial, que comenzaba con un período de prueba y observación de un año, al final del cual había un segundo examen. Tras la obtención del aprobado, el aspirante seguía un período de formación práctica de cuatro años en los tribunales (*Referendariat*) que concluía con el «gran examen de Estado», es decir, un tercer examen. Del resultado de este examen dependía la profesión a la que podían dedicarse los candidatos: los mejores se convertían en funcionarios administrativos, los siguientes ejercían la profesión de juez, en tercer lugar se situaba la abogacía, y el resto —los no aprobados— se desempeñaban en profesiones más sencillas como secretarios o archiveros. Esto significa que todas las profesiones jurídicas tenían que seguir la misma formación uniforme en la judicatura y, solo al final, los resultados del «gran examen de Estado» decidían a qué profesión podían acceder los candidatos. En este examen prevalecía un estricto principio de rendimiento, de modo que la pertenencia a una clase social privilegiada no constituía una ventaja inmediata mientras se concedió poca importancia a la calidad de los estudios y títulos universitarios.

En el Imperio Alemán de 1871, Prusia no pudo implantar plenamente su propio sistema, sino que tuvo que concertar con los estados alemanes del sur, pero los elementos esenciales se mantuvieron. El § 2 de la Ley de Constitución de Tribunales de 1877 estableció:

«La capacidad para ser juez se obtiene mediante la aprobación de dos exámenes. El primer examen debe estar precedido de tres años de estudios de Derecho en una universidad. De los tres años, al menos tres semestres deben dedicarse a estudios en una universidad alemana.

Entre el primer y el segundo examen debe transcurrir un período de tres años, que debe dedicarse al servicio de los tribunales y de los abogados, y también puede ser utilizado parcialmente al servicio de la fiscalía.

En cada uno de los estados federados puede estipularse que el período designado para los estudios universitarios o para el servicio preparatorio se prolongue, o que una parte del último período —pero como máximo un año— se emplee o pueda emplearse al servicio de las autoridades administrativas».

Al mismo tiempo, la Ley de la Abogacía estipuló que la admisión como abogado también requería la «cualificación para ser juez». Así fue creado el sistema del jurista uniforme alemán que rige hasta hoy, sistema que, básicamente, exige la misma formación para todas las profesiones jurídicas. En primer lugar, estudios de Derecho en una universidad, que, sin embargo, no concluyen con un examen universitario, sino con un primer examen de Estado organizado por los ministerios de Justicia, en el que intervienen, además de los profesores de las universidades, profesionales de la *praxis* del Derecho (jueces, fiscales, funcionarios administrativos y abogados). Tras el examen, el aspirante sigue una formación práctica de tres años —actualmente, de dos años— en tribunales, fiscalías, administraciones y abogados que concluye con un segundo examen de Estado, también realizado por los ministerios de Justicia, y en el que solo actúan como examinadores profesionales de la *praxis* jurídica. De los resultados de estos dos exámenes depende la profesión jurídica a la que puede acceder un graduado en Derecho; no están previstos otros exámenes ni concursos estatales para el acceso a las distintas profesiones jurídicas. Para la judicatura, esto significa que los órganos responsables de los nombramientos iniciales (ministerios de Justicia, tribunales regionales superiores, comités de selección de jueces) se guían principalmente por los resultados de los dos exámenes estatales.

2. REGULACIÓN LEGAL

2.1. La regulación legal vigente del acceso a la magistratura alemana está plasmada en tres niveles diferentes. En primer lugar, el Derecho constitucional, concretamente las disposiciones de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*) sobre el poder judicial, el acceso a los cargos públicos y sobre los jueces de los tribunales federales. En segundo lugar, el Derecho federal, específicamente la Ley alemana de la Magistratura (*Deutsches Richtergesetz*), que regula la posición jurídica personal de los jueces y también los presupuestos generales del acceso a la judicatura, así como las leyes sobre la elección de los jueces de los tribunales federales supremos y del Tribunal Constitucional Federal. En tercer lugar, las legislaciones de los 16 estados federados (*Länder*) que, para la gran mayoría de los tribunales y su personal, determinan con mayor detalle, entre otros aspectos, el procedimiento de nombramiento como juez —por ejemplo, en Baden-Württemberg, la Ley sobre Jueces y Fiscales (*Landesrichter- und -staatsanwaltschaftsgesetz BW*)—. Especialmente en este último nivel, existen diferencias nada desdeñables entre los distintos estados federados, por lo que no es posible ofrecer aquí una visión de conjunto completa, sino solo señalar algunos ejemplos a título ilustrativo.

Aunque la estructura de los tribunales en Alemania está regulada uniformemente a nivel federal, la organización y administración de la mayoría de los tribunales es competencia de los estados federados (*Länder*). A nivel federal, solo existen el Tribunal Constitucional Federal, el Tribunal Federal de Patentes para los recursos contra las decisiones de la Oficina Federal de Patentes, así como los tribunales federales supremos como cúspides de la jurisdicción ordinaria (Tribunal Federal Supremo), la jurisdicción administrativa (Tribunal Federal Administrativo), la jurisdicción laboral (Tribunal Federal de Trabajo), la jurisdicción social (Tribunal Federal Social) y la jurisdicción fiscal (Tribunal Federal Fiscal). La subestructura de estas cinco jurisdicciones está formada por los tribunales de los estados federados, que se dividen en tribunales inferiores y superiores (por ejemplo, Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo en la jurisdicción contencioso-administrativa, Juzgado o Tribunal de Distrito, Tribunal Regional y Tribunal Regional Superior en la jurisdicción ordinaria). Además, en casi todos los estados federados, también hay un Tribunal Constitucional. Para ilustrar las proporciones: en 2020, había algo menos de 22.000 jueces trabajando en Alemania, 460 de ellos en los tribunales federales y el resto en los tribunales de los estados federados¹. La administración de todos estos tribunales se rige por una plétora de leyes y decretos del Estado Federal Alemán y de los estados federados que también afectan al acceso a la magistratura.

2.2. En el ámbito del Derecho constitucional, siempre ha existido un debate centrado en la cuestión de hasta qué punto el nombramiento de los jueces debe estar en manos del propio poder judicial, además del ejecutivo —tradicionalmente responsable— y del legislativo. El instrumento pertinente para ello son los comités de selección de jueces previstos en el apartado 4 del artículo 98 de la Ley Fundamental como opción para los estados federados, cuya composición deja expresamente abierta la Ley Fundamental. La opinión dominante, desarrollada por el antiguo magistrado del Tribunal Constitucional Böckenförde (²1998: 71 ss.), asumida por el propio Tribunal Constitucional y compartida por la mayoría de la doctrina constitucional se basa en que el poder judicial está sujeto al principio de legitimidad democrática del art. 20 apartado 2, cuyo tenor literal es el siguiente: «Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial». Sin embargo, esta legitimidad democrática del poder judicial se concentra, según Böckenförde (²1998: 80 ss.), en el nombramiento de los jueces, ya que después, en virtud del principio de la independencia judicial y personal de los jueces vitalicios garantizada en el art. 97, inciso 2, de la Ley Fundamental, los poderes democráticamente legitimados frente al pueblo (Parlamento y Gobierno) ya no pueden influir en la actividad judicial. Si, por el contrario, los jueces pudieran decidir por sí mismos quién puede acceder a la condición de juez, entonces no estarían actuando como representantes del «tercer poder» responsable ante el pueblo, sino solo como miembros de una profesión, de un grupo social (*Ibidem*: 81). Por lo tanto, según la opinión predominante en Alemania, la mayoría de los miembros de los órganos que seleccionan y nombran a los jueces no deben ser jueces, y los jueces tampoco deben tener derecho

de veto en estos órganos. Por otro lado, no se considera problemático, según el Derecho constitucional, que los jueces sean seleccionados y nombrados por el ejecutivo, ya que este es responsable ante el Parlamento y, por tanto, indirectamente ante el pueblo, por lo que cuenta con suficiente legitimidad democrática.

Además, el art. 33, inciso 2, de la Ley Fundamental dispone: «Todos los alemanes tienen igual acceso a cualquier cargo público en función de su aptitud, capacidad y rendimiento profesional». El precepto no solo establece el principio de mérito y el principio de igualdad como pauta objetiva de acceso a la judicatura, sino que otorga a los aspirantes un derecho público subjetivo asimilable a un derecho fundamental (Badura, 2019: n 20). Por lo tanto, toda decisión sobre la ocupación de un puesto de juez está sujeta al control de los tribunales contencioso-administrativos siempre que un aspirante no seleccionado interponga un recurso. Para los jueces del Tribunal Constitucional Federal, el art. 94, inciso 1, de la Ley Fundamental dispone que la mitad de ellos deben ser elegidos por el *Bundestag* (Parlamento Federal elegido directamente por la población) y la otra mitad por el *Bundesrat* (formado por los gobiernos de los estados federados). De conformidad con el art. 95, inciso 2, de la Ley Fundamental, los jueces de los tribunales federales supremos son elegidos por el ministro federal responsable de la materia respectiva junto con un comité de elección de jueces, la mitad del cual está formado por los ministros de los estados federados responsables de la materia y la otra mitad por miembros del *Bundestag*. En cambio, en el caso de la gran mayoría de los jueces que trabajan en los tribunales de los estados federados, el art. 98 inciso 4 de la Ley Fundamental deja la determinación de las competencias a los Estados federados y solo prevé como opción posible «[...] que el ministro de Justicia de cada estado federado, junto a un Comité de selección de jueces, decida el nombramiento de los jueces en los estados federados». Por lo tanto, la Constitución también permite a los estados federados poner el nombramiento y designación de los jueces exclusivamente en manos del Ministerio de Justicia, y si un estado federado decide crear un comité de selección de jueces, el legislador del estado federado está autorizado a determinar libremente, dentro de los límites explicados anteriormente, la composición de este comité y los electores de sus miembros. Aunque en los proyectos originales de la Ley Fundamental previeron que un comité de selección de jueces también debía intervenir en los estados federados —como en el caso de la selección de los jueces federales—, la mayoría lo consideró una intromisión intolerable en la soberanía judicial de los estados federados (Hillgruber, 2010: n 3).

2.3. En el ámbito del Derecho federal, cabe mencionar, en primer lugar, la Ley alemana de la Magistratura, que regula los principios de la formación jurídica, así como la posición jurídica personal de todos los jueces profesionales alemanes (Staats, 2021: introd., n 1 ss.). Al igual que en la época prusiana, el objetivo de la formación jurídica es la «cualificación para ser juez». El § 5 de la Ley alemana de la Magistratura establece que para ello es necesario cursar estudios de Derecho en una universidad, que terminan con un primer examen estatal (complementado con un examen de especialización universitaria) y un servicio preparatorio posterior con el segundo examen estatal como conclusión. El §

5a de la Ley alemana de la Magistratura determina los requisitos generales de los estudios universitarios (duración de cuatro años y medio, materias troncales de Derecho civil, Derecho penal, Derecho público y Derecho procesal como asignaturas obligatorias, etc.); el § 5b de la misma ley establece los requisitos del servicio de preparación (duración de dos años, estancias obligatorias en un tribunal civil, una fiscalía o un tribunal penal, una autoridad administrativa y un despacho de abogado(s)); y el § 5d contiene los requisitos de los exámenes (en particular, examen escrito y oral, establecimiento de una escala uniforme de calificaciones y puntos a nivel federal). En todos estos ámbitos, la regulación de los detalles se deja en manos de los estados federados, que han hecho uso de las facultades conferidas por la norma de formas muy distintas.

Según el § 9 de la Ley alemana de la Magistratura, el nombramiento como juez requiere que el interesado haya adquirido la cualificación para ser juez, que sea alemán de acuerdo con lo que a este respecto estipula de la Ley Fundamental, que garantice que abogará en todo momento por la justa aplicación del ordenamiento jurídico fundamental, democrático y libre de acuerdo con la Ley Fundamental y que tenga la competencia social necesaria. Los jueces son nombrados normalmente con carácter vitalicio; antes, deben haber superado un período de prueba de tres años en el servicio judicial (§§ 10 y ss. Ley alemana de la Magistratura). A los jueces a prueba se les puede denegar el nombramiento vitalicio cuando no sean aptos para ejercer la función jurisdiccional o cuando un comité de selección de jueces los rechace (§ 22 Ley alemana de la Magistratura). Sin embargo, la Ley alemana de la Magistratura no prevé quién contrata a los jueces a prueba, qué criterios rigen la selección ni quién decide su nombramiento como jueces vitalicios. Esto es muy importante porque hay muchas más personas que obtienen la cualificación para el cargo de juez que plazas de juez disponibles: entre 2010 y 2020, unas 8000 personas cada año obtuvieron la cualificación para ser juez². Existen leyes federales especiales que regulan el acceso a los puestos de juez en los tribunales federales (para los tribunales federales supremos, la Ley de Elección de Jueces; para el Tribunal Constitucional Federal, la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal). En el caso de los tribunales de los estados federados existen leyes específicas en dichos estados. Los §§ 74 y 75 de la Ley alemana de la Magistratura solo exigen a los estados federados que, en cada uno de ellos, y en cada orden jurisdiccional de los tribunales de cada Estado se forme un «consejo presidencial» compuesto por jueces —al menos la mitad de los cuales deben ser elegidos por la judicatura—, y que este consejo presidencial esté facultado para emitir un dictamen sobre la idoneidad profesional y personal del aspirante antes de su nombramiento como juez para cargos superiores. Sin embargo, no se exige la intervención de los representantes de los jueces en la contratación de los jueces a prueba ni en el primer nombramiento como juez vitalicio.

2.4. En el ámbito de los estados federados, existe una gran diversidad de normas (Wittreck, 2006: 336 ss.). Todos los estados federados tienen una constitución que contiene disposiciones relativas al Tribunal Constitucional del estado federado (a excepción del Estado de Schleswig-Holstein, que no tiene tal tribunal; *Ibidem*: 493 ss.) y sobre la posición jurídica de los jueces. Además, en los estados federados existen leyes sobre sus tribunales constitucionales y sobre sus jueces, así como leyes y decretos sobre la forma-

ción y el examen de los juristas y los requisitos concretos para la obtención de la «cualificación para ser juez», leyes de implementación de la constitución de tribunales y, en parte también, leyes sobre la elección de jueces, además de un gran número de decretos y directrices administrativas que determinan la práctica en forma decisiva. El conflicto fundamental de objetivos entre la legitimidad democrática del poder judicial, por un lado, y la independencia judicial, por otro, se resuelve a veces de formas muy diferentes (*Ibidem*: 343).

El poder legislativo solo interviene de forma limitada en el nombramiento de los jueces (*Ibidem*: 392 ss.). En dos estados federados, los presidentes de los tribunales superiores, así como los jueces de los tribunales constitucionales, son elegidos directamente por los parlamentos (*Ibidem*: 498 ss.). Además, en ocho estados federados existe un control parlamentario indirecto del acceso a la magistratura a través de comités de elección de jueces, cuyos miembros son elegidos por el parlamento del estado federado (Wittreck, 2020/2022: 96 ss.). Por lo demás, el papel del parlamento se limita a la supervisión general del gobierno del estado federado y, en particular, del ministro de Justicia, que, entre otras cosas, debe responder ante los diputados de sus decisiones en materia de personal de la magistratura. Los miembros de los comités de elección de jueces son, normalmente, tanto diputados del parlamento del estado federado como jueces, así como, por regla general, un representante de la abogacía. En la mayoría de los estados federados, su elección es realizada por el parlamento; en Baden-Württemberg, sin embargo, ocho miembros judiciales son elegidos directamente por la magistratura y solo los restantes miembros (seis diputados y un representante de la abogacía) son elegidos por el parlamento (Wittreck, 2006: 397 ss.). Las competencias abarcan sobre todo la decisión sobre el nombramiento inicial de jueces vitalicios, a veces también la ocupación de cargos de jueces superiores (Wittreck, 2020/2022: 96 ss.). En la toma de decisiones, el ministro suele tener derecho de veto o al menos de propuesta (Wittreck, 2006: 401 ss.).

En todos los estados federados, el papel más importante en el nombramiento inicial de jueces vitalicios y en el nombramiento de jueces superiores lo desempeña el poder ejecutivo, es decir, generalmente el Ministerio de Justicia. Sin embargo, en algunos casos delega sus tareas a los presidentes de los tribunales superiores del estado federado (Tribunal Regional Superior, Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo, Tribunal Laboral del Estado Federado, Tribunal de lo Social del Estado Federado). De conformidad con las disposiciones de la Ley alemana de la Magistratura, también deben constituirse consejos presidenciales, que son órganos compuestos por entre cinco y nueve jueces, de los cuales al menos la mitad son elegidos por la magistratura (*Ibidem*: 361 ss.). Su influencia se concreta en la Ley alemana de la Magistratura, en la medida en que, a través de la emisión de dictámenes sobre la idoneidad profesional y personal de los candidatos, deben participar al menos en el nombramiento de jueces para puestos superiores. En los hechos, sin embargo, muchos estados federados reconocen a los consejos presidenciales derechos más amplios, por ejemplo, la participación en el nombramiento inicial de los jueces o incluso el derecho a la participación en las entrevistas de selección. En principio, los consejos presidenciales solo tienen derecho a la reacción, es decir, solo están autorizados a emitir

un dictamen sobre la persona seleccionada por el Ministerio o el presidente del Tribunal Superior para ocupar el puesto y declararla «apta» o «no apta»; en algunos estados federados, sin embargo, también tienen derecho a presentar una contrapropuesta mediante la que pueden declarar que otras personas del grupo de aspirantes son más aptas (por ejemplo, en Baden-Württemberg, de conformidad con el § 43 inciso 5 de la Ley sobre Jueces y Fiscales). Si no hay acuerdo entre el Ministerio y el consejo presidencial, en la mayoría de los estados federados prevalece el Ministerio; solo en Sarre, Sajonia-Anhalt y Baden-Württemberg toma la decisión una comisión de conciliación independiente o un comité de elección de jueces (*Ibidem*: 369 ss.).

3. NOMBRAMIENTO INICIAL COMO JUEZ

Por regla general, el nombramiento inicial como juez lo realizan los estados federados para el nivel de entrada en la carrera judicial y afecta sobre todo a quienes empiezan la carrera. Las excepciones son aquellos casos en los que «principiantes» son nombrados inmediatamente para puestos de jueces superiores, lo que ocurre principalmente en los tribunales constitucionales del Estado Federal y de los estados federados —ocasionalmente, también en los tribunales federales supremos— y afecta especialmente a los profesores universitarios (Wittreck, 2020/2022: 35). No entraremos aquí en el análisis de estos casos especiales. De acuerdo con las disposiciones de la Ley alemana de la Magistratura, el nombramiento inicial tiene lugar en dos etapas: en primer lugar, el nombramiento como juez a prueba y, en segundo lugar, una vez expirado el período de prueba, el nombramiento como juez vitalicio; sin embargo, en algunos estados federados, no es infrecuente que primero se verifique el nombramiento como fiscal vitalicio y solo después el nombramiento como juez vitalicio. Generalmente, en la práctica es más importante el primer paso porque que el rechazo para el puesto vitalicio solo se produce en casos excepcionales (*Ibidem*: 62).

3.1. Los ministerios de Justicia son competentes para la contratación de los jueces a prueba. Sin embargo, algunos estados federados han delegado esta tarea en los presidentes de los tribunales superiores. En algunos casos, también intervienen comités de selección de jueces (por ejemplo, § 14 de la Ley de la Magistratura de Renania-Palatinado; *vid.* también la visión general en Tschentscher, 2006: 342 ss.). Debe distinguirse el nombramiento formal, que suele realizar el ministro de Justicia, de la selección preparatoria de los candidatos (Wittreck, 2006: 412 ss.). Si esta selección tiene lugar en el propio Ministerio de Justicia, que es lo que suele ocurrir en la práctica, entonces la realizan funcionarios que, o bien ocupan un puesto permanente en el Ministerio, o bien son ellos mismos jueces y han sido asignados al Ministerio por un determinado período de tiempo. En algunos estados federados también se constituyen comisiones especiales, y en Renania del Norte-Westfalia los tribunales superiores —a los que se ha delegado la decisión de la selección— han creado centros especiales de evaluación.

Los criterios para la selección de candidatos al cargo de juez se especifican en el art. 33, inciso 2, de la Ley Fundamental: «Todo alemán tiene igual acceso a cualquier cargo público de acuerdo con su aptitud, su capacidad y su rendimiento profesional». Por «capacidad» se entienden las competencias adquiridas durante la formación, que se reflejan, en particular, en los resultados de los dos exámenes estatales (Tschentscher, 2006: 206). El «rendimiento profesional» se refiere al trabajo como juez y, por lo tanto, aún no desempeña ningún papel para la contratación como juez a prueba; este criterio solo adquiere importancia en la segunda fase del nombramiento como juez vitalicio, así como en los nombramientos a cargos de jueces superiores. Por último, «aptitud» es el término genérico de todas las cualificaciones. Deben distinguirse la aptitud profesional, por un lado, que consiste en la capacidad y el rendimiento profesional, y la idoneidad personal, por otro, que reclama, entre otras cosas, competencia social, capacidad para trabajar en equipo, paciencia y amabilidad en el trato con los litigantes, etc. (Tschentscher, 2006: 199 ss.). En realidad, es difícil evaluar estas competencias sociales en los candidatos a ser nombrados jueces a prueba, dado que el nombramiento normalmente se basa solo en una entrevista muy breve o en la valoración de un centro de evaluación destinado a tal fin, pero no, todavía, en la apreciación del ejercicio de la función jurisdiccional. En consecuencia, la selección depende, por lo general, de las notas de los dos exámenes estatales, mientras que los demás criterios solo suelen utilizarse como factores de corrección.

3.2. De acuerdo con el § 10, inciso 1, de la Ley alemana de la Magistratura, los jueces a prueba pueden ser nombrados jueces vitalicios después de tres años de ejercicio; según el § 12, inciso 2, de la Ley alemana de la Magistratura, después de un período de prueba de cinco años, como máximo, los jueces a prueba deben ser nombrados jueces o fiscales vitalicios a menos que hayan sido previamente destituidos de la magistratura bajo las previsiones del § 22 de la Ley alemana de la Magistratura. La redacción de esta norma es compleja y su contenido es controvertido. Según el texto literal del § 22, inciso 1, de la Ley alemana de la Magistratura, los jueces a prueba pueden ser cesados sin causa especial durante los dos primeros años, pero la opinión predominante exige la existencia de razones objetivas (Staats, 2012: § 22, n 2). Es discutible que la falta de necesidad organizativa judicial también sea una razón legítima, pero es poco probable que estos supuestos tengan lugar en la práctica. El factor decisivo es, por tanto, si la persona en cuestión ha demostrado no ser apta para el cargo de juez, tal como exige el § 22 inciso 2 de la Ley alemana de la Magistratura para que pueda ser despedido tras un período de prueba de dos años (Staats, 2012: § 22, notas 2 y ss.). Los requisitos de idoneidad para el cargo de juez no son poco exigentes, dado que, debido a las previsiones constitucionales que garantizan su independencia judicial y personal, la destitución de un juez vitalicio es ciertamente difícil, y solo puede producirse en caso de que su conducta incorrecta sea reiterada (Staats, 2012: § 22, n 2; y Tschentscher, 2006: 306 ss.). Que un juez sea idóneo depende de sus capacidades físicas, mentales y de carácter. Según la jurisprudencia, la idoneidad se asocia a la pericia, las aptitudes procesales, la forma de tratar a las partes procesales, el estilo de trabajo, la capacidad de trabajar bajo presión y la voluntad de trabajo, así como el valor para tomar decisiones independientes y la voluntad de trabajar colegiadamente. También desempeña

un papel importante la capacidad de procesar expedientes con rapidez (Staats, 2012: § 22, n 4). La base para valorar la aptitud de los aspirantes a jueces en todos los estados federados es una evaluación profesional, que, por ejemplo, en Baden-Württemberg, para los jueces a prueba, debe llevarse a cabo cada seis meses durante el primer año y medio y que, por lo general, después de este período, cada 12 meses (§ 5 inciso 4 de la Ley sobre Jueces y Fiscales) corre a cargo de su superior inmediato, es decir, del presidente del tribunal en el que trabaja el juez a prueba. Esta práctica de evaluación se considera problemática porque el presidente del tribunal puede ejercer una fuerte influencia en la actividad judicial, especialmente en el caso de los jueces a prueba, y, de ese modo, puede poner en tela de juicio su independencia constitucionalmente garantizada; sin embargo, a falta de alternativas, suele aceptarse como un mal necesario porque el principio de rendimiento, también exigido por la Constitución federal, no podría realizarse de otro modo (Wittreck, 2020/2022: 44 y ss.; *vid.*, también, más abajo, 4.3).

De acuerdo con la legislación del correspondiente estado federado, es competente para decidir sobre el nombramiento como juez vitalicio bien únicamente el ministro de Justicia (o el ministro de otro departamento interesado), bien el ministro de Justicia junto a un comité de selección de jueces (Wittreck, 2006: 414 ss.). Según el § 75, inciso 2, de la Ley alemana de la Magistratura, el consejo presidencial también puede intervenir como órgano de representación de los jueces con dictámenes sobre la idoneidad personal y profesional de los interesados, como ocurre, por ejemplo, en Baden-Württemberg de conformidad con el § 32 de la Ley sobre Jueces y Fiscales. La decisión de destituir a un juez a prueba y de no nombrarlo juez vitalicio está sujeta a control del Tribunal de la Magistratura (§§ 62, 78 de la Ley alemana de la Magistratura).

4. NOMBRAMIENTO PARA UN CARGO JUDICIAL SUPERIOR

En Alemania, el nombramiento para un cargo de juez superior no se denomina ascenso porque no hay un ascenso programado al cargo superior, sino que se convocan los cargos en cuestión y, a continuación, entre las solicitudes presentadas se selecciona a la persona adecuada, que, mediante la entrega de un nuevo título, es nombrada para el cargo de juez superior. No obstante, tiene un estatus *de facto* comparable al ascenso en la carrera funcionarial (Wittreck, 2020/2022: 35 ss.). En virtud del principio de rendimiento, garantizado en el art. 33, inciso, 2 de la Ley Fundamental de forma similar a los derechos fundamentales, las decisiones de selección están sujetas a control por parte de los tribunales contencioso-administrativos, que, sin embargo, se centran en los errores de procedimiento y los errores de fundamentación y, por lo demás, conceden a los responsables de la toma de decisiones un amplio margen de apreciación (Wittreck, 2006: 420 ss.). De la gran variedad de supuestos que tienen lugar en el ámbito del Estado Federal y de los estados federados, cabe señalar el nombramiento como juez en el Tribunal Constitucional Federal, en un Tribunal Federal Supremo, así como en un cargo superior

en los tribunales de los estados federados (presidente de una cámara o de un senado, o presidente de un tribunal).

4.1. La elección de los jueces del Tribunal Constitucional Federal es, desde el punto de vista político, especialmente explosiva, dado que este tribunal puede declarar nulas las leyes del Parlamento y las medidas del Gobierno federal y así influir directamente en la política. Los 16 jueces, que están divididos en dos salas (*Senat*), son elegidos por un mandato de 12 años y la reelección está excluida. Seis de estos jueces deben haber ejercido anteriormente como magistrados en uno de los tribunales federales supremos; por lo demás, puede ser elegida cualquier persona que reúna los requisitos para ejercer un cargo de juez (cualificación para ser juez) y tenga al menos 40 años. El procedimiento de elección está regulado en el art. 94 de la Ley Fundamental y en los §§ 6 y 7 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal (*Ibidem*: 268 y ss.). En consecuencia, 8 de los 16 jueces son elegidos por el *Bundestag* y 8 por el *Bundesrat*. En ambas Cámaras del Parlamento es necesaria una mayoría de dos tercios, previsión que requiere compromisos políticos entre los partidos y que pretende garantizar que las personas elegidas estén suficientemente cualificadas y no posicionadas políticamente de forma muy acusada (Wittreck, 2020/2022: 51 ss.). Actualmente, existe un acuerdo entre 5 partidos en virtud del cual los democristianos (CDU y CSU) y los socialdemócratas (SPD) pueden proponer 3 jueces cada uno para cada sala, y los liberales (FDP) y los Verdes un juez cada uno para cada sala, mientras que el Partido de Izquierda y el nacionalista de derechas AfD no pueden elegir a ninguno. El *Bundesrat* elige directamente a «sus» jueces, mientras que en el *Bundestag*, Cámara caracterizada por su elevado número de diputados, un comité electoral elabora primero una propuesta concreta sobre la cual decide después el Pleno. Pese a esta fuerte influencia de los partidos políticos en la composición del más alto tribunal alemán, los jueces han preservado hasta ahora su independencia de una manera notable. Las influencias políticas partidistas en el comportamiento de toma de decisiones de los jueces individuales son, pues, ocasionales e infrecuentes y, en general, el tribunal parece muy uniforme (Engst *et al.*, 2017).

4.2. De conformidad con el art. 95 de la Ley Fundamental, la elección de los jueces de los tribunales federales supremos se lleva a cabo por el ministro federal competente (ministro federal de Justicia para el Tribunal Federal Supremo, el Tribunal Contencioso-Administrativo Federal y el Tribunal Federal Fiscal, ministro federal de Trabajo para el Tribunal Federal de Trabajo y el Tribunal Federal de lo Social) conjuntamente con un comité de elección de jueces compuesto por los ministros competentes de los estados federados y un número igual de miembros elegidos por el *Bundestag*, es decir, un total de 32 miembros, en su mayoría, personas con cualificación para ser juez (Staats, 2003, § 4, nota 1). De acuerdo con el § 10 de la Ley de Elección de Jueces, el ministro federal competente y cada uno de los miembros del comité de elección pueden proponer quién debería ser nombrado juez federal. Los presupuestos para el nombramiento son los siguientes: tener una edad mínima de 35 años, cumplir los requisitos generales para el nombramiento como juez vitalicio, así como las exigencias de idoneidad personal y profesional para asumir el cargo de juez federal en el tribunal específico (Staats, 2003: § 11, n 8 ss.). El § 57 de la

Ley alemana de la Magistratura dispone que el consejo presidencial del tribunal correspondiente debe emitir un dictamen sobre la idoneidad personal y profesional de los candidatos propuestos, que, sin embargo, no es vinculante para el comité de elección. El comité de elección decide por mayoría simple, y el ministro federal competente debe aprobar la elección (§§ 12 y 13 de la Ley de Elección de Jueces). En la práctica (Tschentscher, 2006: 327 ss.; y Wittreck, 2006: 308 ss.), los estados federados elaboran listas de nombres y, luego, los partidos políticos acuerdan en el comité de elección los cupos de los estados federados y los de los partidos, que frecuentemente tienen mucho que ver con la proximidad partidista y poco con la cualificación profesional de las personas propuestas (Wittreck, 2020/2022: 150). Sin embargo, generalmente se respeta la opinión del consejo presidencial de los concernientes tribunales federales supremos en la mayoría de los casos (sobre excepciones, cfr. Tschentscher, 2006: 331 ss.), de modo que, *de facto*, tienen una especie de derecho de veto (Wittreck, 2020/2022: 49 ss.). En la práctica, se da preferencia a las personas que han trabajado anteriormente como asistentes de investigación en el tribunal respectivo y se han adaptado a su dinámica.

4.3. El procedimiento de selección de los aspirantes a ocupar cargos de jueces superiores en los estados federados (y no solo en ellos) se considera, en principio, problemático, pero indispensable en cuanto al fondo (Tschentscher, 2006: 305 ss.; y Wittreck, 2006: 419). El ascenso a un cargo de judicial superior generalmente está vinculado a una influencia considerable en el poder judicial (Tschentscher, 2006: 305) porque los nombramientos conciernen bien a la presidencia de una sala —integrada por varios jueces profesionales—, bien a la dirección de todo un tribunal. Por eso, por un lado, debe garantizarse de manera muy especial que, en la asignación de estos puestos se respeten los principios de aptitud, rendimiento y de igualdad, y que se seleccione a los mejores candidatos. Por otro lado, sin embargo, siempre existe el peligro de una intromisión en la independencia judicial, dado que, mediante la no consideración de una solicitud, puede castigarse a los jueces poco convencionales y, a través del otorgamiento preferente de los puestos a los jueces que se han adaptado a las expectativas del ministro, puede beneficiarse a estos últimos. Debido al amplio margen de valoración en la evaluación del rendimiento judicial, el procedimiento solo puede objetivarse parcialmente, de modo que las preferencias personales de las personas implicadas en la decisión también desempeñan un papel importante y frecuentemente el procedimiento es percibido como poco transparente o incluso injusto por los solicitantes que no son tenidos en cuenta (Wittreck, 2020/2022: 36, 45 ss.)³.

Independientemente del diseño concreto del procedimiento, en todos los estados federados son decisivos para la elección, en especial, dos mecanismos informales que solo están regulados parcialmente en prescripciones legales o administrativas internas: por un lado, las evaluaciones oficiales de los aspirantes por parte de jueces de rango superior y, por otro lado, la prueba para tareas superiores a través de la adscripción temporal a un tribunal superior o ministerio (Wittreck, 2006: 421 ss.). Las evaluaciones oficiales solo están reguladas legalmente en algunos estados federados, e incluso allí la concreción solo tiene lugar en decretos y directrices administrativas (*Ibidem*: 437 ss.). Por ejemplo, en Baden-Württemberg, el § 5, inciso 2 N.º 1, de la Ley sobre Jueces y Fiscales, vigente

desde mayo de 2022, establece que los jueces vitalicios deben ser evaluados oficialmente cuando soliciten el acceso a un cargo judicial superior. El inciso 5 de esta disposición estipula que la evaluación debe tomar en consideración la aptitud, la capacidad y el rendimiento profesional y debe terminar con una valoración global, es decir, una nota, pero no está permitido que contenga opiniones sobre el contenido de las decisiones judiciales. El inciso 7 de la misma disposición autoriza al Ministerio de Justicia para promulgar un decreto en el que, entre otras cosas, puede establecerse el contenido de la evaluación con los elementos que deben evaluarse, así como el baremo de evaluación con valores orientativos. Dicho decreto todavía no ha sido promulgado y, por ello, se aplica transitoriamente una disposición administrativa del Ministerio de Justicia de 2015. Esta disposición administrativa describe los criterios de evaluación como «[...] requisitos básicos, competencia profesional, competencia social y competencia de liderazgo» y especifica el baremo que debe aplicarse en función del puesto a ocupar. Para la evaluación global, prevé una escala de notas con 7 niveles, que van desde «no cumple los requisitos» hasta «supera los requisitos en forma sobresaliente»⁴.

El segundo mecanismo de prueba en un tribunal superior también está regulado solo parcialmente por la ley y se ha desarrollado como una práctica informal (Wittreck, 2006: 421 ss.). La prueba se lleva a cabo regularmente por delegación a un tribunal superior (Tribunal Regional Superior, Tribunal Administrativo Superior, etc.) y también se denomina «Tercer Examen Estatal» porque la posibilidad de acceder a una magistratura superior depende decisivamente de la evaluación oficial realizada al final de este período por el superior jerárquico (presidente del tribunal superior, que, sin embargo, se orienta esencialmente a la evaluación del presidente de la sala en la que trabajaba el juez asignado, o ha delegado totalmente en él esta tarea). Además, o en su lugar, también existe la posibilidad de una asignación temporal al Ministerio de Justicia o como asistente de investigación en un Tribunal Federal Supremo. Sin embargo, debido al número limitado de plazas, esta última vía, que suele abrir oportunidades profesionales especialmente buenas, solo está abierta a unos pocos jueces, y su selección a menudo se lleva a cabo de forma poco transparente (Wittreck, 2020/2022: 35 ss.).

El procedimiento para el acceso a los puestos de jueces superiores es similar al procedimiento para el nombramiento inicial como juez vitalicio (*supra* 3.2), aunque en la práctica las notas de las evaluaciones oficiales generalmente son decisivas. Dependiendo de las previsiones de la legislación de cada estado federado, los ministerios deciden solos o junto a un comité de selección de jueces. En Baden-Württemberg, el Ministerio presenta una propuesta de nombramiento y la somete al dictamen del Consejo Presidencial, es decir, a la representación de la magistratura. El Consejo Presidencial está facultado para rechazar la propuesta de nombramiento y presentar una contrapropuesta. En caso de que el Ministerio y el Consejo Presidencial no puedan llegar a un acuerdo, decide un comité de selección de jueces compuesto por parlamentarios y jueces; si el ministro no está de acuerdo con la decisión, puede anular el procedimiento y presentar una nueva propuesta o convocar de nuevo el concurso para acceder a la plaza (§§ 32, 43, 60 de la Ley sobre Jueces y Fiscales). En esta compleja regulación anida un potencial de conflicto nada desdeñable, ya que las

distintas partes pueden bloquearse mutuamente, circunstancia que quedó de manifiesto recientemente en una disputa entre el Ministerio y el Consejo Presidencial en torno a la ocupación del puesto de presidente del Tribunal Regional Superior de Stuttgart⁵.

5. PRÁCTICA

5.1. La profesión de juez es, ahora como antes, muy demandada. Los jueces y fiscales recientemente contratados proceden, por lo general, de la mitad superior —a veces incluso únicamente del tercio superior— de todos los aprobados del segundo examen estatal. Las razones de este atractivo se exponen aquí desde la perspectiva subjetiva de un presidente de un tribunal regional que mantiene conversaciones con numerosos jueces y evalúa repetidamente a los jueces más jóvenes.

Los principales motivos para la elección de la profesión son la alta responsabilidad del cargo y la independencia judicial. La actividad es considerada significativa e importante en la sociedad. La libertad de todas las instrucciones profesionales, tanto en la organización de los procedimientos como en la toma de decisiones, se percibe como un privilegio del juez.

Por el contrario, el salario no puede ser el factor decisivo. La mayoría de los jueces recién contratados podrían trabajar como abogados en grandes bufetes, que ahora pagan sueldos iniciales de hasta 160.000 € al año. En cambio, un recién incorporado (soltero y sin hijos) en Baden-Württemberg percibe un sueldo inicial de unos 58.000 €. Si se calcula la pensión de juez gratuita y la participación en las prestaciones médicas con un recargo del 30 %, sigue dándose el caso de que el juez joven gana solo la mitad que el abogado de un gran bufete. Con los niveles de experiencia, a partir de los 50 años los jueces de los niveles R1 y R2 suelen tener sueldos anuales cercanos a los 90.000 y 100.000 €, respectivamente, a los que se suman las prestaciones de jubilación y asignaciones para gastos médicos. Un indicio del atractivo del cargo es el hecho de que muy rara vez un juez abandona su profesión para convertirse en abogado o trabajar en el sector del mercado. Por otra parte, los jóvenes abogados deciden con frecuencia convertirse en jueces, normalmente después de uno o dos años. Si se les pregunta por los motivos, a menudo responden que, si bien el trabajo había sido interesante, no querían centrar toda su vida profesional en los intereses de los clientes.

La buena compatibilidad entre familia y profesión también hace atractiva la judicatura. Así, en Baden-Württemberg, los jueces que se ocupan de niños o padres necesitados de cuidados pueden determinar libremente la secuencia y el ritmo de su trabajo (y, por tanto, también su salario) de 0,3 hasta 1,0. La introducción del expediente electrónico, el equipamiento con ordenadores móviles y el acceso seguro a través de Internet, así como la introducción de la tecnología de vídeo —no solo para los juicios, sino también para las consultas internas— facilitan el trabajo judicial desde casa o en los viajes. Ante la evolución de la demografía, los grandes bufetes de abogados también han percibido la necesidad de facilitar el acceso al trabajo a las personas que se encuentren en estas

situaciones. Sin embargo, tras las conversaciones mantenidas con los representantes de estas empresas, el autor tiene la impresión de que la judicatura se percibe aquí como especialmente abierta y moderna. En Alemania, aunque los roles están cambiando, la oferta de trabajo a tiempo parcial es mayoritariamente aceptada por las mujeres. Esta es una de las razones por las que la proporción de mujeres en la contratación supera ya ampliamente el 50 %.

Los retos del mercado laboral en Alemania no se limitan a los juristas. El desarrollo demográfico sugiere una tendencia al descenso de postulantes a jueces en los próximos años. La «Generación Y» —los nacidos entre 1980 y 1995— tiene otras expectativas de vida y de trabajo. El equilibrio entre trabajo y vida privada y el significado de las propias acciones tienen gran importancia. La siguiente generación, la «Generación Z», que creció como nativa digital, parece dar por sentada esta orientación con más naturalidad. Si la judicatura quiere seguir atrayendo a muy buenos juristas en el futuro, debe ser atractiva para esta generación. En la competencia por los mejores talentos, una formación atractiva en la judicatura, por la que pasa todo jurista con «cualificación de ser juez» en Alemania, desempeña un papel importante. Como presidente de un tribunal en una ciudad con una de las facultades de Derecho alemanas mejor consideradas, el autor ha experimentado que la conexión con la ciudad adquirida durante los estudios universitarios también hace que trabajar como juez en esta ciudad sea especialmente deseado. Así pues, a pesar del salario no competitivo, el poder judicial está en buena posición para contratar a jueces jóvenes. Tendrá que esforzarse más para aprovechar este potencial.

5.2. La mayoría de los jueces ascienden una vez (o ninguna) en su vida profesional a cargos superiores de la judicatura. A pesar de los incentivos económicos modestos, los ascensos se discuten intensamente en el seno de la judicatura y a veces son objeto de revisión judicial. La calidad de las decisiones de selección también determina la calidad de la Justicia como organización. Su aceptación dentro de la judicatura es un elemento importante para la identificación del juez con la Administración de Justicia.

El procedimiento de selección descrito se basa en criterios presuntamente objetivos. La evaluación oficial con motivo de la solicitud constituye el fundamento de la decisión de selección. En el caso de varias solicitudes, la comparación de las evaluaciones debería fundamentar una única decisión correcta. Si la nota final difiere, esto aún puede hacer la decisión plausible y aceptable. En caso de igualdad de nota, se utilizan criterios auxiliares como la capacidad de trabajar en varias funciones, el valor del puesto actualmente ocupado, la continuidad de las evaluaciones anteriores, etc. Aunque se admite un poder discrecional de apreciación y selección, en situaciones de conflicto se alega reiteradamente que una decisión diferente habría sido ilegal y, por tanto, imposible.

Psicólogos y neurocientíficos han demostrado frecuentemente errores de apreciación y la importancia del prejuicio y la emoción en la toma de decisiones. Somos conscientes de que todo evaluador se esfuerza regularmente por realizar una valoración presuntamente correcta. Sin embargo, no puede ignorar por completo sus propios gustos y aversiones subjetivos; en el mejor de los casos, es consciente de ellos. Lo mismo debe presumirse de

la decisión de selección que se basa en las evaluaciones oficiales del rendimiento. Por ello, en el sistema de ascenso es interesante si el fundamento de la decisión puede ser ampliado y quién decide.

En Baden-Württemberg, el perfil de requisitos para la mayoría de los cargos de ascenso menciona como requisito básico «la asignación exitosa a un tribunal superior [...]». Esto ha resultado un avance, no porque las credenciales del Tribunal Regional Superior serían más precisas y objetivas, sino porque se obtiene, por así decirlo, una segunda opinión sobre todos los potenciales solicitantes. En un período de prueba de 6 a 9 meses, bajo nuevas exigencias en un nuevo entorno, surge otra imagen. Es verdad que la evaluación por el tribunal superior suele radicar en la misma línea de las evaluaciones anteriores, pero siempre hay desviaciones significativas en ambas direcciones. Por eso, esta segunda evaluación es especialmente importante, ya que, hasta cierto punto, todos los jueces que están dispuestos a ser promovidos, normalmente entre los 40 y los 50 años, son examinados en ella y, por lo tanto, existe un alto nivel de comparabilidad entre los tribunales de origen individuales. Por el contrario, las asignaciones especiales en tribunales federales o en ministerios suelen terminar con evaluaciones sobresalientes. Sin embargo, siempre surgen dudas al respecto, provocadas tanto por la actividad, que puede equipararse al cargo de juez solo de forma limitada, como por el pequeño grupo de jueces empleados en el respectivo encargo especial.

La distribución de competencias en la ocupación de puestos de ascenso en Baden-Württemberg descrita anteriormente ha demostrado su eficacia a lo largo de décadas. El Ministerio de Justicia no puede cubrir un puesto de ascenso sin el consentimiento de los representantes elegidos por la judicatura (Consejo Presidencial). Desde el punto de vista del Ministerio de Justicia, en los pocos casos en que se apeló al Comité de Selección de Jueces, las reclamaciones no tuvieron demasiado éxito. La principal importancia del Consejo Presidencial no radicó tanto en las muy escasas contrapropuestas cuanto en el hecho de que las propuestas de ascenso del poder ejecutivo tuvo en cuenta los criterios valorados por el Consejo Presidencial, entre ellos la capacidad de trabajar en varias funciones y la antigüedad. Esto, a su vez, conduce a que los colegas jóvenes que son especialmente merecedores de ascenso no solo se forjen a través de asignaciones especiales, sino también a través de un currículum vitae judicial más amplio. Estamos convencidos de que, gracias a este sistema —independientemente de las personas que actúan en el caso concreto—, las decisiones de ascenso en Baden-Württemberg hayan sido ampliamente aceptadas por la judicatura durante décadas y solo muy raramente impugnadas por los candidatos no promovidos. Por el contrario, la actual paralización en el nombramiento del alto cargo del Tribunal Regional Superior de Stuttgart descrita anteriormente es una rara excepción. En un recurso contencioso-administrativo, el Ministerio de Justicia objetó —sin éxito en primera instancia— que el Consejo Presidencial había ejercido arbitrariamente su derecho a presentar una contrapropuesta. Actualmente, esta decisión está pendiente de la resolución del recurso de apelación por parte del tribunal jerárquicamente superior.

6. CRÍTICAS Y DEBATE SOBRE LA REFORMA

En el último congreso del Día de los Juristas Alemanes, celebrado en otoño de 2022, se abordó en detalle la cuestión de cómo puede garantizarse la independencia de la Justicia en la determinación de los puestos de juez (Wittreck, 2020/2022; y Beschlüsse 2022). Para ello, el sistema actual fue sometido a un intenso escrutinio y se debatieron diversas alternativas. El Día de los Juristas Alemanes es una asociación de juristas alemanes que cuenta con aproximadamente 5.000 miembros y que, desde 1860, celebra cada dos años un congreso con 2500 a 3500 participantes sobre diversos temas jurídico-políticos actuales, en el que participan numerosos jueces y fiscales y, al final del cual, se aprueban resoluciones concretas que pretenden servir de recomendaciones de actuación para los políticos⁶. Estas resoluciones son tenidas muy en cuenta por los políticos, aunque normalmente solo se aplica una pequeña parte de su contenido.

Alternativas radicales al sistema existente, como la elección directa de los jueces por el pueblo o el nombramiento de los jueces por sorteo (Wittreck, 2020/2022: 71 ss.), no fueron consideradas seriamente por los participantes de la sección correspondiente del Día de los Juristas Alemanes 2022. Por el contrario, el centro de la discusión fue la expectativa de una autoadministración de la judicatura —también exigida por las asociaciones alemanas de jueces— como la que existe en España, Francia e Italia a través de especiales Consejos Superiores del Poder Judicial (*Ibidem*: 76 ss.). En Alemania, sin embargo, esta solución es problemática por las razones expuestas *supra* 2.2. Las propuestas para utilizar comités de expertos independientes (comités de selección judicial), al menos para los altos cargos de jueces, también fueron discutidas intensamente (*Ibidem*: 80 ss.; y Sanders, 2022), por lo que aquí la garantía de la legitimación democrática también constituye un obstáculo difícil de superar.

Finalmente, las diversas propuestas fueron votadas al final de las discusiones (Beschlüsse: 24 ss.). Estas decisiones no constituyen una imagen representativa de la opinión de la judicatura porque solo participaron en la votación unas 60 personas. Sin embargo, cabe señalar que los jueces, fiscales y funcionarios de los ministerios de Justicia conformaron la gran mayoría de este grupo y, por lo tanto, reflejan las actitudes predominantes de estos interlocutores. El resultado fue el rechazo de todas las propuestas que supusieran, al menos, una modificación parcial del sistema. Así, más del 90 % se opuso a la creación de un consejo de la magistratura como los de en España o Italia, el 78 % votó en contra de las comisiones independientes y una mayoría rechazó también los comités de selección influidos políticamente. Sin embargo, casi todos estuvieron de acuerdo en la exigencia de que la influencia de la política en la composición del personal de los tribunales solo debe ser la indispensable para la preservación de la legitimación democrática. En conjunto, el sistema existente fue aprobado, y solo se contempló la necesidad de mejorarlo en algunos puntos. Por ejemplo, se consideró que los criterios para la contratación inicial y para el ascenso de jueces deberían especificarse y definirse por ley o decreto, y que debería existir un criterio uniforme para evaluar a los jueces con el fin de generar más transparencia y equidad. La evaluación de la aptitud, capacidad y el rendimiento profesional deberían ser llevadas a

cabo únicamente por los jueces, y, cuando las decisiones sobre ascensos estén en manos de los ministerios, los órganos judiciales de codeterminación deberían tener una influencia efectiva.

Queda por ver si estas exigencias, más bien marginales, serán asumidas y puestas en práctica por los políticos. En cualquier caso, no hay indicios de que vayan a producirse cambios fundamentales en un futuro próximo.

NOTAS

1. Información disponible en: <https://www.bundesjustizamt.de/SharedDocs/Downloads/DE/Justizstatistiken/Richterstatistik_2020.pdf?__blob=publicationFile&cv=3>. [Consulta 14/12/2022.]
2. Cfr. <<https://www.lto.de/karriere/jura-referendariat/statistik-zweites-staatsexamen>>. [Consulta: 12/12/2022.]
3. Vid. también: <https://www.neuerichter.de/fileadmin/user_upload/fg_justizstr_gvg_mitwirkungskonferenz/2022_05_FG_Justizstrukt-GVG_Erklaerung_Richterinnen_beurteilen.pdf>. [Consulta: 22/12/2022.]
4. Disponible en: <https://www.landesrecht-bw.de/jportal/portal/t/cij/page/bsbawueprod.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&fromdoctodoc=yes&doc.id=VB-BW-Just2015255-1&doc.part=D&doc.price=0.0#focuspoint>. [Consulta 22/12/2022.]
5. Disponible en: <<https://www.sueddeutsche.de/politik/justizministerin-marion-gentges-verwaltungsgericht-stuttgart-oberlandesgericht-stuttgart-1.5698035>>. [Consulta: 22/12/2022.]
6. Cfr. <<https://djt.de/djt-e-v/der-verein/ueber-uns/>>. [Consulta 22/12/2022.]

BIBLIOGRAFÍA

- DEUTSCHEN JURISTENTAGS BONN (2022): «Beschlüsse des 73» Bonn Deutscher Juristentag.
- BADURA, Peter (2019): «Art. 33», en G. Dürig, R. Herzog y R. Scholz (eds.), *Grundgesetz, Kommentar*, Munich: C.H. Beck
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (²1998): *Verfassungsfragen der Richterwahl*, Berlín: Duncker & Humblot.
- ENGST, Benjamin G. *et al.* (2017): «Zum Einfluss der Parteinähe auf das Abstimmungsverhalten der Bundesverfassungsrichter – eine quantitative Untersuchung», *Juristenzeitung*, 72, 816-826.
- HATTENHAUER, Hans (1989): «Juristenausbildung – Geschichte und Probleme», *Juristische Schulung* 1989, 513 -520.
- HILLGRUBER, Christian (2010): «Art. 98», en G. Dürig, R. Herzog y R. Scholz (eds.), *Grundgesetz, Kommentar*, München: C.H. Beck.
- SANDERS, Anne (2022): «Damit alles bleibt, wie es ist» [en línea] <<https://www.libra-rechtsbriefing.de/L/damit-alles-bleibt-wie-es-ist/>>. [Consulta: 22/12/2022.]
- STAATS, Johann-Friedrich (2003): *Richterwahlgesetz*, Beck-Online: Nomos
- (2012): *Deutsches Richtergesetz*, Beck-Online: Nomos.
- TSCHENTSCHER, Axel (2006): *Demokratische Legitimation der Dritten Gewalt*, Tubinga: Mohr Siebeck.

- WITTTRECK, Fabian (2006): *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, Tubinga: Mohr Siebeck.
- (2020/2022): *Empfehlen sich Regelungen zur Sicherung der Unabhängigkeit der Justiz bei der Besetzung von Richterpositionen?*, Munich: C.H. Beck.

Fecha de recepción: 1 de febrero de 2023.

Fecha de aceptación: 21 de abril de 2023.

LA SELECCIÓN DE JUECES EN ESTADOS UNIDOS: LA
SINGULARIDAD DE UN MODELO DUAL Y DIVERSO
*JUDICIARY SELECTION IN THE UNITED STATES:
ITS UNIQUE DUAL AND DIVERSE MODEL*

Rosario Serra Cristóbal

*Catedrática de Derecho constitucional
Universitat de València*

RESUMEN

El interés por el análisis del sistema judicial estadounidense reside en que cada uno de los cincuenta estados de la Unión tiene su propio y particular modelo judicial, distinto, además, del sistema federal, lo cual lo hace muy peculiar y atractivo para el estudioso del Derecho. Este trabajo aborda el estudio del federalismo judicial dual que presenta este país y que se manifiesta en una diversidad de métodos de selección de los aspirantes a ingresar en la judicatura o de acceso de los que ya son jueces a puestos judiciales vacantes. Se analizarán las ventajas y desventajas de los diferentes modelos de selección de jueces implementados en Estados Unidos para invitar a reflexionar sobre los elementos que, de un modo u otro, pudieran ser puestos en práctica en nuestro sistema.

PALABRAS CLAVE

Federalismo judicial, poder judicial en Estados Unidos, elección de jueces, selección judicial, jueces federales.

ABSTRACT

The interest in the analysis of the USA judicial system lies in the fact that each of the fifty States of the Union has its own judicial model, different from the federal system, which makes it very peculiar and attractive for the law scholar. This paper deals with the study of the dual judicial federalism that this country presents and that is manifested in a diversity of methods of selection of judges to join the judiciary or to access to judicial vacancies. The advantages and disadvantages of the different models of selection of judges experienced in the United States will be analyzed for the purpose of inviting reflection on the elements that, in one way or another, could be implemented in the Spanish system.

KEY WORDS

Judicial federalism, judiciary in the United States, judges' elections, judiciary selection, federal judges.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2023.070>

LA SELECCIÓN DE JUECES EN ESTADOS UNIDOS: LA SINGULARIDAD DE UN MODELO DUAL Y DIVERSO

Rosario Serra Cristóbal

Catedrática de Derecho constitucional
Universitat de València

Sumario: 1. La singularidad del sistema judicial estadounidense. 1.1. El nivel jurisdiccional federal. 1.2. La diversidad jurisdiccional estatal. 2. Requisitos formativos previos para poder ser seleccionado como juez. 3. La selección de los jueces federales. 3.1. El poder presidencial de designación de candidatos para ocupar las vacantes de los tribunales federales. 3.2. El proceso de selección de los candidatos y la confirmación del Senado: el peso político de la decisión frente a los méritos del candidato. 3.3. La capacitación de los jueces federales tras su acceso a la judicatura. 4. La selección de los jueces estatales. 4.1. La selección de los jueces por el cuerpo legislativo. 4.2. La elección de los jueces por el gobernador. 4.3. La elección democrática de jueces. 4.3.1. Las elecciones partidistas de jueces. 4.3.2. Elecciones judiciales no partidistas. 4.4. El Plan Missouri o sistema de méritos. 4.4.1. Introducción. 4.4.2. Las comisiones de nombramiento de jueces. 4.4.3. Las *retention elections*: la responsabilidad del juez ante el electorado. 5. A modo de síntesis. Algunas ideas sobre las que reflexionar. Notas. Bibliografía.

1. LA SINGULARIDAD DEL SISTEMA JUDICIAL ESTADOUNIDENSE

Ningún Estado del mundo presenta una pluralidad de métodos de selección de los miembros del poder judicial similar a la de Estados Unidos, empezando por el modelo de selección de los jueces federales y continuando por el de cada uno de sus cincuenta estados. Como decía Blanco Valdés (2012: 164), «[...] el federalismo americano, en gran medida

como fruto de su historia irrepetible, es verdaderamente peculiar», afirmación que puede extrapolarse, como trataré de mostrar en este trabajo, al poder judicial y al sistema de acceso a la judicatura.

Hablar del sistema judicial estadounidense es hablar de 51 sistemas judiciales (50 estatales y uno federal), es abordar un sistema federal judicial creado siguiendo la senda del propio federalismo del país. El modelo judicial adoptado en Estados Unidos es el resultado del establecimiento de una dualidad jurisdiccional —la federal y la estatal— que se traduce en el hecho de que el poder judicial esté compuesto por dos niveles jurisdiccionales independientes, un sistema de selección de jueces también distinto en uno y otro ámbito jurisdiccional y una diversidad de sistemas de elección de los jueces en cada uno de los estados que conforman los Estados Unidos de América.

Para comprender esa dualidad y la diversidad del sistema de selección de los jueces —así como la trascendencia de recurrir a uno de los múltiples sistemas existentes— es necesario, como mínimo, realizar un brevísimo recorrido por la organización jurisdiccional estadounidense.

1.1. EL NIVEL JURISDICCIONAL FEDERAL

La Constitución estadounidense únicamente hace referencia al poder judicial federal. De hecho, tan solo menciona al Tribunal Supremo en el art. III¹, que constituye la cúspide del sistema judicial, aunque deposita el poder de ejercer la función jurisdiccional igualmente «[...] en los Tribunales (federales) inferiores que el Congreso instituya y establezca en lo sucesivo». En ese marco, el legislador creó 94 Cortes de distrito, una por cada uno de los 91 distritos federales, y 3 Cortes territoriales en Guam, Virgin Islands y Northern Mariana Islands (creadas en el ámbito del art. IV de la Constitución), que son, todos ellos, tribunales de primera instancia. Además, haciendo uso de la facultad del art. I de la Constitución, el Congreso instituyó algunos tribunales para resolver determinadas cuestiones específicas que tienen jurisdicción en todo el ámbito federal para determinadas materias, entre ellos los *bankruptcy courts* (tribunales de quiebras, que constituyen una unidad especializada en los tribunales federales de distrito) o el *US Court of Federal Claims* (Tribunal de Reclamaciones Federales). Junto a ellos funcionan tribunales federales con funciones cuasi-jurisdiccionales como la *U.S. Tax Court*, la *U.S. Court of Appeals of the Armed Forces* y la *US Court of Veterans Appeals*. Además de estos tres últimos órganos, no debe olvidarse que, en el seno de los distintos de ministerios (*departments*) y agencias (*agencies*) federales, existen también órganos (*tribunals*) de carácter no jurisdiccional cuyas resoluciones ponen fin a la vía administrativa (Jiménez Segado, 2016: 51).

La apelación de las decisiones de todos estos órganos de primera instancia es conocida por las cortes federales intermedias de apelación (*Intermediate Appellate Courts*, son 13)², que operan bajo un sistema de revisión obligatoria, es decir, no gozan del *certiorari* del que dispone el Tribunal Supremo, que le permite un margen muy amplio de decisión sobre los asuntos que considera pertinente resolver y que hace que un porcentaje muy bajo de casos acabe siendo resuelto por él, aunque tengan una elevadísima repercusión jurisprudencial.

Por lo tanto, las cortes intermedias de apelación acaban siendo las que deciden en última instancia en la inmensa mayoría de los casos que se conocen en el ámbito federal, lo cual demuestra el interés que también suscita el nombramiento de los jueces de estos tribunales federales.

En todo caso, los tribunales federales conocen solo de las escasas cuestiones que tienen reservadas por la Constitución (art. III.2)³, y las que no lo estén se asignan a los tribunales estatales (Massey, 2003). De hecho, la jurisdicción estatal tiene un ámbito más extenso que la federal, de modo que habitualmente cualquier caso puede plantearse ante un tribunal estatal, a menos que una ley federal exija que sea enjuiciada por un tribunal federal (delitos federales, quiebras, etc.). Por citar un dato, el 90 % de las causas civiles y criminales en EE. UU. son conocidas por los tribunales estatales (Fine, 2007).

1.2. LA DIVERSIDAD JURISDICCIONAL ESTATAL

La organización judicial estatal está establecida en las constituciones propias de los estados y en las leyes aprobadas por el legislador doméstico al respecto (Serra Cristóbal, 2017; y Jiménez Segado, 2016: 48 ss.).

Los tribunales estatales no se organizan en todos los estados del mismo modo. Algunos presentan una organización relativamente simple —tal es el caso de California— y otros una organización jurisdiccional bastante compleja que consta de un número amplio de tribunales especializados como en Nueva York (Corley *et al.*, 2016: 106).

En todo caso, para simplificar, podemos decir que el poder judicial a nivel estatal se organiza en los siguientes tres niveles: el tribunal supremo del estado o tribunales estatales de última instancia, situado en la cúspide; en un segundo nivel, los tribunales intermedios de apelación (*Intermediate Appellate Courts*); y, por último, los *Trial Courts* y otros tribunales inferiores o tribunales especializados.

Todos los estados tienen un tribunal de última instancia que puede recibir un nombre distinto dependiendo del Estado: *Court of Appeals* en New York, Maryland y District of Columbia, *Supreme Judicial Court* en Main y Massachussets, *State Supreme Court* en la mayoría de los Estados, *Supreme Court of Appeals* en West Virginia, o simplemente *State Supreme Court* en el resto de los estados. En contraste, Texas y Oklahoma tienen dos tribunales de última instancia, uno para asuntos civiles (*Supreme Court*) y otro para asuntos criminales (*Court of Criminal appeals*) (Jiménez Segado, 2016: 47).

Al tribunal supremo de cada estado le corresponde ser el máximo intérprete de la constitución del estado y, generalmente, es la última instancia de apelación de las decisiones del resto de tribunales del estado. Resuelven conflictos sobre la interpretación de la ley que puedan suscitarse en instancias judiciales inferiores o sobre otros asuntos conocidos previamente por dichos tribunales. Por ello, la selección de los magistrados que conformarán estos tribunales lógicamente despierta gran interés.

En un segundo nivel se encuentran los tribunales estatales de apelación. Treinta y cinco estados tienen un tribunal intermedio de apelación, cinco estados tienen dos (Alabama,

Indiana, New York, Pennsylvania y Tennessee) y los siguientes no tienen tribunales intermedios de apelación, por lo que el tribunal de última instancia es el que se convierte siempre en su instancia de apelación: el Distrito de Columbia y los Estados de Delaware, Maine, Montana, Nevada, New Hampshire, North Dakota, Rhode Island, South Dakota, Vermont, West Virginia y Wyoming⁴.

Estos tribunales de apelación realizan una labor de revisión en segunda instancia de la gran mayoría de decisiones adoptadas por los tribunales de primera instancia⁵. Aunque los justiciables pueden solicitar que la apelación de su caso sea conocida directamente por el Tribunal de última instancia (el tribunal supremo del estado), excepcionalmente se accede a tales peticiones. Por lo tanto, el bloque mayoritario de apelaciones es resuelto por estos tribunales, es decir, la apelación de todas las decisiones firmes adoptadas por los tribunales de primera instancia (*Trial Courts*) que no sean recurribles directamente ante el tribunal supremo estatal. Además, aunque las decisiones adoptadas por estos tribunales intermedios son recurribles ante tribunal supremo del estado, este, al igual que el Tribunal Supremo de Estados Unidos, tiene amplios poderes discrecionales para admitir o rechazar el recurso. De hecho, el 95 % de las decisiones acaban agotando su última instancia en los tribunales de apelación. Este hecho justifica igualmente el interés en determinar quién va a conformar estos tribunales.

El escalafón jurisdiccional más bajo lo conforman las *Trial Courts*, que pueden ser de jurisdicción general o no. De nuevo, la denominación de estos tribunales es de lo más variopinta y puede llevar a confusión. A veces se denominan *District Courts*, *Circuit Courts*, o incluso *Superior Courts*. Todos los estados tienen al menos un tribunal de este tipo con jurisdicción general, que conocen de las causas criminales y civiles más importantes (delitos contra las personas o la propiedad, delitos de drogas, disolución de vínculos matrimoniales, propiedad, responsabilidad civil a partir de determinadas cuantías, recursos contra agencias administrativas y apelación de casos resueltos por tribunales inferiores).

2. REQUISITOS FORMATIVOS PREVIOS PARA PODER SER SELECCIONADO COMO JUEZ

En Estados Unidos no existe el ámbito estatal ni en el federal lo que en otros países de *Civil* y *Common Law* se conoce como carrera judicial (*career judiciary*) con una judicatura escalafonada, con derecho a la promoción y a la que suele accederse siendo muy joven y con poca o nula experiencia profesional.

La extracción de la judicatura procede de otras profesiones jurídicas, mayoritariamente de la abogacía. Con independencia de los diversos sistemas de nombramiento de jueces que a continuación se analizarán, los candidatos a jueces tienen que cumplir ciertos requisitos formativos previos. Como regla general, antes de servir como juez deberán acumular años de experiencia en el campo legal, fundamentalmente ejerciendo la abogacía. Muchos jueces comienzan su trayectoria como abogados defensores o fiscales, lo que les permite adquirir

la comprensión necesaria de la función que les corresponderá cumplir en su destino en los tribunales. No obstante, en algunos supuestos no es necesario haber ejercido la abogacía. No existe tal requisito con carácter obligatorio para los jueces federales de distrito, los jueces de circuito o los magistrados del Tribunal Supremo, aunque en muchas ocasiones sí sean jueces previamente.

El camino comienza con la obtención del *Bachelor's degree* (de cuatro años de duración y que no supone una formación necesariamente en Derecho) y la realización del examen del SAT para poder acceder a los estudios de Derecho (3 años) en una *School of Law* acreditada por la Asociación Americana de Abogados (ABA). El Law SAT tiene cinco secciones, en las que la duración del examen es de 35 minutos. Además de una parte de ensayo, hay secciones sobre razonamiento lógico, juegos de lógica, comprensión lectora y una sección práctica que puede contener entre 22 y 28 preguntas cada una.

Tras la realización y finalización de los estudios en la *School of Law* como *Juris Doctor*, para poder ejercer como abogado hay que superar el examen de la *Bar Association*, un logro que exige meses de preparación y estudio. Cada estado tiene un examen distinto. Eso significa que un abogado que ejerza la abogacía en un estado podría verse obligado a completar pruebas adicionales para poder ejercer en otro estado. El examen consiste en varias pruebas en las que hay de demostrar el conocimiento en la aplicación del Derecho del estado en el que el candidato pretende ejercer la abogacía y en la aplicación de las leyes federales.

Superada la prueba, puede ejercerse la profesión en el servicio público —por ejemplo, como defensor público o fiscal— o de forma privada —como defensor particular—. En los dos ámbitos, para ser seleccionado como juez el aspirante ha de haber ejercido el Derecho, como mínimo, dos años. De todos modos, muchos candidatos acceden a la condición de juez después de décadas de experiencia profesional. Lo esencial es ganarse una reputación profesional respetable y entrar a formar parte de las listas de posibles candidatos a juez; listas que, como se verá, son elaboradas de forma muy distinta dependiendo del estado y del órgano jurisdiccional al que se pretenda acceder. En todo caso, frente a la reputación jugarán otros condicionantes que a lo largo de estas páginas tendremos ocasión de exponer y que tienen más que ver con condicionantes ideológicos de los candidatos.

3. LA SELECCIÓN DE LOS JUECES FEDERALES

3.1. EL PODER PRESIDENCIAL DE DESIGNACIÓN DE CANDIDATOS PARA OCUPAR LAS VACANTES DE LOS TRIBUNALES FEDERALES

Como dispone el artículo III de la Constitución estadounidense, el nombramiento de los jueces de los tribunales federales corresponde al presidente, una vez que su propuesta ha recibido la aprobación del Senado. Nos encontramos ante una de las manifestaciones de los famosos *checks and balances* que el constituyente quiso establecer en las relaciones entre los poderes del Estado. Es un mecanismo basado en la designación de los miembros del poder

judicial federal por el poder ejecutivo, pero con la necesaria participación del legislativo: el denominado *advise and consent* del Senado⁶.

Cuando los padres constituyentes establecieron este sistema de nombramiento de jueces federales lo hicieron sin saber si habría más tribunales federales distintos del Tribunal Supremo y, en su caso, cuántos. Y lo hicieron considerando que ese sistema hacía que el poder de seleccionar a un miembro del Tribunal Supremo no recayera en una sola persona (el ejecutivo), sino que se produjera con participación de aquellos miembros del legislativo que entonces se consideraban más preparados para hacerlo, los de la Cámara Alta. Se conseguía así que en tal proceso participase un órgano que representaba a los estados (el Senado) y otro que derivaba de la elección de la población (el presidente), para que ninguno de los dos tuviese la tentación de abusar de un posible poder exclusivo de selección de los jueces. Aun así, la historia ha mostrado que muchos presidentes, con una mayoría asegurada de senadores de su partido político, han conseguido nombrar sin demasiados problemas a los candidatos por ellos propuestos para el Tribunal Supremo⁷ o para otros tribunales federales. De hecho, desde 1933, cada vez que un partido alcanza la presidencia acaba controlando también la judicatura federal, y ello pese a que el riesgo de politización de estos jueces no se percibe como un problema apremiante (Íñiguez Hernández, 2013: 41). En efecto, esa «politización» del proceso de selección de los jueces federales, además de los del Tribunal Supremo Federal —en el sentido de ambicionar el nombramiento de jueces que comparten la filosofía política del presidente de turno—, es algo más reciente y no una práctica del pasado (Messite, 2018: 1).

Si buscamos ejemplos de ello en un pasado relativamente cercano, cabría pensar en cómo el Tribunal federal del Decimocuarto Circuito se consideró uno de los más liberales porque entre 2011 y 2014 el presidente Obama pudo nombrar a 6 de sus jueces (Corley *et al.*, 2016: 120). Otra muestra la encontramos en la presidencia de Donald Trump, que en 4 años de mandato logró el nombramiento del 30 % de los jueces de las cortes de apelación federales (más de 230 jueces) y de tres jueces del Tribunal Supremo (Neil M. Gorsuch, Brett M. Kavanaugh y Amy Coney Barrett) (Scheindlin, 2021). Se da la circunstancia añadida de que consiguió el nombramiento de la última jueza, Amy Coney Barrett, en un tiempo récord⁸. Fue nominada a pocas semanas de las elecciones presidenciales —que acabó perdiendo el Partido Republicano—, cuando el mismo partido había conseguido bloquear la confirmación del juez nombrado en 2016 por el presidente Obama con el argumento de que por ser año electoral había que esperar hasta la elección de un nuevo mandatario. En lo que respecta a la Administración Biden, a fecha de cierre de este trabajo, 1 de diciembre de 2022, una vez transcurrido casi la mitad de su primer mandato había nombrado a 132 jueces federales⁹.

El enorme interés de los presidentes norteamericanos (unos más que otros) por nombrar al mayor número de jueces federales es una historia reiterada en el tiempo. Solo como anécdota, ha de recordarse que la sentencia más trascendente del Tribunal Supremo norteamericano, el caso *Marbury vs. Madison*, 5 U. S. 1 137 (1803), que sentó las bases de la *judicial review*, se suscitó precisamente a raíz del nombramiento por parte del presidente John Adams de varios jueces de paz en el Distrito de Columbia, en una clara maniobra de este por

nombrar el mayor número de jueces cercanos a su ideología (federalistas) en los últimos días de mandato y habiendo ya perdido las elecciones ante Jefferson (demócrata-republicano). Durante últimos meses en el cargo, sirviéndose de la mayoría federalista del Congreso, aprovechó para modificar la *Judiciary Act* de 1789, creando un número importante de nuevos puestos judiciales en tribunales federales que fueron cubiertos de inmediato.

Pese a que esta forma de nombramiento de los jueces federales pueda recordar vagamente a la que se utiliza en diversos países europeos, entre ellos España, para nombrar a los magistrados del Tribunal Constitucional, hay una diferencia importante en el nombramiento de los jueces federales estadounidenses, y es que todos ellos se nombran de por vida. Todos los jueces federales ostentan cargos vitalicios, esto es, su nombramiento, revestido de unas elevadísimas connotaciones políticas, tiene consecuencias a muy largo plazo. Aunque se presume la independencia e imparcialidad de todos los jueces, lo bien cierto es que es conocida la tendencia conservadora y progresista de cada uno de ellos, que guarda un paralelismo con el presidente que los nominó, ha demostrado ese condicionamiento en el modo en que se aplica la ley y se resuelven los casos en muchos ámbitos. Lo cual implica que la capacidad de un presidente de nombrar a muchos jueces durante su mandato garantiza su influencia ideológica durante décadas en el ámbito judicial, especialmente si los seleccionados son aún de mediana edad. De hecho, el presidente Trump se ha significado por nombrar a jueces federales bastante jóvenes, algunos menores de 35 años, que tendrán que participar en decisiones judiciales en los próximos años sobre temas como el aborto, las armas de fuego, los derechos religiosos, la cobertura sanitaria y otra serie de asuntos que generan fuertes divisiones en el país.

Parece demostrada la influencia de la ideología de los jueces en las decisiones que adoptan. Ello más evidente en el caso del Tribunal Supremo y esa influencia va disminuyendo a medida que decrece la jerarquía jurisdiccional (*Courts of Appeals* y *District Courts*) (Epstein, Landes y Posner, 2013). Así, según se ha constatado, las decisiones adoptadas por jueces federales nominados por presidentes republicanos son, por lo general, significativamente más conservadoras que las de los jueces nominados por presidentes demócratas. El impacto que ha tenido en la jurisprudencia la actuación de dichos jueces conservadores fue analizado por Dworkin (2008) en un interesante trabajo. En esta línea, en el Tribunal Supremo norteamericano se ha constatado que, desde 2005, cuando la Corte comenzó a ser presidida por John Roberts (nominado por el Partido Republicano), los fallos a favor de organizaciones religiosas aumentaron de forma sorprendente en un 83 % de los casos (Epstein y Posner, 2021). Y la reciente decisión del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2022 sobre el aborto es otra buena prueba de ello.

3.2. EL PROCESO DE SELECCIÓN DE LOS CANDIDATOS Y LA CONFIRMACIÓN DEL SENADO: EL PESO POLÍTICO DE LA DECISIÓN FRENTE A LOS MÉRITOS DEL CANDIDATO

Aunque el proceso de nombramiento de los jueces federales está influenciado por notables intereses políticos, se sigue un procedimiento que atiende también a los méritos de los

candidatos, un proceso que finalizará con la confirmación por el Senado de la propuesta realizada por el presidente.

Ni la Constitución ni otra norma legal establecen los requisitos específicos que debe cumplir un candidato, pero los jueces federales suelen ser casi siempre juristas licenciados en las facultades de Derecho más prestigiosas, reputados universitarios o altos cargos funcionariales, y es muy habitual que hayan ocupado un cargo judicial (Deysine, 1998: 67-71). Dentro del Departamento de Justicia, la *Office of Policy Development* (OPD) tiene la mayor responsabilidad en el proceso de selección del candidato de entre los potenciales aspirantes. Para ello, consulta a jueces federales y estatales, fiscales y abogados sobre la reputación y los méritos profesionales de los posibles candidatos. Igualmente, indaga en las publicaciones escritas o electrónicas de los mismos, se examinan los casos por ellos resueltos, e incluso se analiza su situación financiera y su salud física. Además, a los candidatos se les remite un cuestionario en el que deben responder a otros tantos datos personales más y otro tipo de cuestiones que, en principio, no tienen relación sobre su opinión sobre interpretación constitucional o materias políticas (Serra Cristóbal, 2011: 34).

Al mismo tiempo, se busca la cercanía ideológica a la del partido del presidente. Son individuos que han estado afiliados al partido, que han participado en la campaña electoral, que han contribuido a recabar fondos para el partido, que han formado parte de la organización del mismo o que han ocupado un cargo en la Administración bajo el Gobierno del partido, que han mostrado públicamente su inclinación por este o que han manifestado en escritos o conferencias su apoyo o rechazo a determinadas cuestiones clave para el partido del presidente (aborto, extranjeros, derechos de los homosexuales, etc.)¹⁰. Todo ese deliberado esfuerzo por parte del partido del presidente dirigido a utilizar la prerrogativa presidencial para asegurarse una mayoría de magistrados partidarios de su ideología, principalmente en el Tribunal Supremo, ha sido denominado por varios autores «judicial packing» (Burns, 2009).

Una vez el presidente tiene un candidato, su nombre se comunica al *Federal Bureau of Investigation* (FBI) y a la *America Bar Association* (ABA)¹¹. El primero continúa investigando sobre el pasado del candidato: educación, trabajos desempeñados, lugares en los que ha residido, etc. y, por supuesto, comprueba la no existencia de arrestos y condenas y causas por responsabilidad civil, al igual que estudia su historial crediticio.

En la ABA, el *ABA Standing Committee on Federal Judiciary*¹² se encarga de indagar en su ámbito laboral, ahondando en sus cualificaciones profesionales, al igual que en su temperamento (compasión, decisión, cortesía, paciencia, sentido de la igualdad ante la ley...) e integridad moral (actividades cívicas, reputación en su entorno jurídico, servicio público...). Al final de su estudio, comunica al Departamento de Justicia su calificación: «bien cualificado», «cualificado» o «no cualificado», supuesto, este último, que significa que el Comité de la ABA considera que el candidato no reúne los estándares mínimos¹³.

El órgano del Senado encargado de hacer un seguimiento de los candidatos a jueces del Tribunal Supremo es el *Senate Judiciary Committee*. Este está conformado por 18 miembros¹⁴. Estudia los informes antes mencionados y las cualidades intelectuales, morales y

jurídicas del candidato y su postura respecto a las cuestiones más relevantes del momento. Igualmente, consulta a los Senadores del Estado del candidato (*Home State Senators*).

A continuación, se pasa a la audiencia de confirmación, que está abierta al público y a los medios de comunicación¹⁵. Comienza con la apertura del procedimiento por el presidente del Comité Judicial del Senado, seguido por la defensa del candidato por varios senadores —generalmente, los senadores del estado del candidato— y la intervención del candidato. A continuación, se procede a interpelar al candidato, y se escuchan otros testimonios a favor y en contra. Ha sido muy habitual someter al candidato a cuestiones sobre el modo en que resolvería un determinado caso, sobre su parecer sobre determinadas decisiones de la Corte Suprema en materias especialmente controvertidas¹⁶, sobre su opinión relativa a determinadas políticas e incluso preguntas sobre cuestiones más personales.

Después de la audiencia de confirmación se abre la votación en el Comité Judicial. El quórum necesario para que sea válida es de diez senadores. Aunque la delegación de voto está permitida, estos votos no cuentan para el cómputo del quórum. Si se obtiene una mayoría de votos en el Comité, entonces se pasa al Pleno del Senado. En caso contrario, el rechazo del candidato será notificado al presidente, poniéndose fin al proceso. De todos modos, cabe la posibilidad de que, aun así, el Comité decida someter el candidato a votación del Pleno del Senado. Históricamente, ningún candidato a juez que ha sido informado desfavorablemente por el Comité judicial ha obtenido posteriormente el apoyo necesario en el pleno del Senado (Gupta, 2000).

Una vez en el Pleno, si el candidato propuesto no suscita controversias, generalmente obtiene el apoyo por unanimidad sin ser necesario un debate. En caso contrario, se abre este debate en la asamblea —debate en el que no está presente el candidato— y se realiza una votación nominal que requiere el respaldo de la mayoría para que se considere aprobada la confirmación. Algunos autores han defendido la necesidad de introducir cambios a este respecto y exigir una mayoría reforzada de dos terceras partes de los votos del Pleno para que un candidato sea confirmado (Jackson, 2008: 55), dado que son jueces que van a ejercer su cargo de por vida. Además, teniendo en cuenta la responsabilidad que van a asumir como intérpretes de la Constitución —muy especialmente en el Tribunal Supremo—, una mayoría más reforzada garantizaría el nombramiento de candidatos con un elevado grado de consenso. Después de que el Senado haya otorgado su *consent*, el presidente firma oficialmente el nombramiento (la *commission*).

En conclusión, las cualificaciones profesionales del candidato son, por supuesto, uno de los principales elementos a tomar en consideración por los Senadores. Se ha demostrado empíricamente que los candidatos con mejores cualificaciones profesionales tienen mayores posibilidades de acabar siendo confirmados (Stratmann y Garner, 2004). Sin embargo, no hay duda de que desde el último tercio del S. XX la valoración del Senado sobre la orientación ideológica de los propuestos para el nombramiento ha adquirido una especial y fundamental relevancia.

¿Está ideologizado el nombramiento de jueces federales en Estados Unidos? Después de lo que se ha expuesto, es difícil decir que no. Obviamente, cuanto más ideologizado esté

el proceso de nombramiento de jueces, mayor será el daño a la imagen de imparcialidad de los jueces, incluso en un país acostumbrado a unos jueces cercanos al juego político e incluso a la competición electoral para acceder a la judicatura.

3.3. LA CAPACITACIÓN DE LOS JUECES FEDERALES TRAS SU ACCESO A LA JUDICATURA

Una vez los candidatos han accedido a un cargo judicial, de su capacitación se encargan: el Centro Judicial Federal, la Oficina Administrativa y los tribunales individuales. El Centro Judicial Federal, una organización del poder judicial, es el recurso principal de investigación y capacitación para los jueces federales. El Centro ofrece una variedad de programas educativos para jueces y otros empleados del ramo judicial sobre temas legales sustanciales, el arte de juzgar y la administración de las causas. Poco después de ser nombrados, los jueces del Título III de la Constitución son invitados por el Centro Judicial Federal a participar en un programa de orientación que hace especial hincapié en las nuevas leyes, el desarrollo del derecho jurisprudencial y las aptitudes judiciales específicas. La Oficina Administrativa ofrece programas de capacitación para los jueces sobre informática y otros asuntos administrativos. Finalmente, los tribunales individuales también pueden llevar a cabo programas de orientación internos para los nuevos jueces, así como mesas redondas y otros programas esenciales para todos los jueces.

4. LA SELECCIÓN DE LOS JUECES ESTATALES

Los estados federados no siguieron la estela marcada por la Constitución federal para la selección de los jueces de su ámbito territorial, y es habitual que, de un modo u otro, los jueces estatales tengan que someterse al escrutinio del electorado, algo totalmente ajeno a nuestra cultura judicial. Ahora bien, cada uno de los cincuenta estados de la Unión tiene su propio modelo de designación de jueces, distinto del sistema de selección de los jueces federales, lo cual lo hace muy atractivo para el estudioso del Derecho tanto foráneo como norteamericano.

El modelo de selección de jueces por el que cada estado ha optado puede venir recogido en su propia constitución de forma muy concreta¹⁷. En ocasiones, estas dejan abierta la posibilidad de que el legislador estatal elija el sistema más apropiado para seleccionar a sus jueces¹⁸. Cada estado puede escoger cómo acceden sus jueces a la judicatura, el periodo que pueden mantenerse en el cargo, la posibilidad de repetir en el mismo y otras variables más. Con todas las particularidades, en general, puede decirse que hay estados donde los jueces son nombrados por el gobernador¹⁹, en otros por el legislador²⁰, en otros por elecciones partidistas, o por elecciones no partidistas, y también podemos encontrarnos con estados que establecen comisiones judiciales para la propuesta de candidatos a jueces, pero en los que estos, una vez nombrados y pasado un periodo de tiempo, han de confirmar su cargo mediante una especie de consulta popular (el denominado sistema de *merits plans*).

Además, es posible que un estado utilice un sistema de selección de los jueces de las instancias jurisdiccionales superiores distinto al que emplea para la selección de los jueces de las instancias inferiores.

Lo cierto es que, sea cual sea el sistema de nombramiento de jueces estatales al que nos reframos en EE. UU., la connotación político-participativa está siempre presente.

4.1. LA SELECCIÓN DE LOS JUECES POR EL CUERPO LEGISLATIVO

Resulta interesante observar cómo aquel sistema de nombramiento que menos éxito ha tenido en EE. UU. es, precisamente, el que nos resulta más familiar en Europa por asemejarse al que hemos empleado para el nombramiento de tribunales constitucionales o tribunales supremos. En nuestro continente, estos nombramientos de los miembros de los tribunales superiores por parte del Parlamento, en exclusiva o con intervención del ejecutivo, son los que están más politizados a nuestros ojos. De esa politización parecen no haber escapado tampoco Virginia y North Carolina en lo que respecta al nombramiento de sus jueces, y ello a pesar de las medidas que se han pretendido introducir para objetivar el proceso de nombramiento.

Decíamos que es uno de los sistemas con menos éxito en Estados Unidos, pues, de hecho, solo dos estados, Virginia y South Carolina, lo mantienen como modo de seleccionar a sus jueces.

Este sistema de selección judicial choca con los *checks and balances* que caracterizan al modelo de separación de poderes norteamericano. Es un sistema que deja en manos del legislador el control de nombramiento de los jueces, excluyendo al ejecutivo. Tal vez el único límite que el legislador tiene en estos estados es aquel que viene generado por la existencia de comisiones de nombramientos judiciales que evalúan y proponen candidatos, lo cual limita la discrecionalidad de la Asamblea en el caso de South Carolina, y, en el supuesto de Virginia, al menos puede potenciar el análisis a los méritos de los candidatos a juez.

En South Carolina, la Comisión de selección judicial —compuesta por 6 miembros de la Asamblea General (Parlamento) y cuatro ciudadanos elegidos por esta— propone una lista de tres candidatos por vacante para que dicha Asamblea parlamentaria elija uno entre ellos. Aun así, nótese que se trata de una Comisión elegida por el propio legislador.

En Virginia, un Comité mixto de asesoramiento judicial para revisar y evaluar a los candidatos para las vacantes de la Corte Suprema y el Tribunal de apelaciones y de asesorar a la Asamblea de representantes sobre sus cualificaciones. De todos modos, los jueces de Virginia deben ser residentes en Virginia y los abogados admitidos en el colegio de abogados de Virginia deben cumplir el mismo requisito durante al menos cinco años antes de asumir el cargo. No obstante, se trata de un Comité de consulta que queda bastante lejos de la Comisión de nombramientos de South Carolina. Es decir, los nombramientos de jueces en Virginia —sobre todo, los de la *Supreme Court* y la *Court of Appeals*— continúan siendo el resultado de una estrategia estatal de los partidos políticos.

Para el nombramiento de los jueces de instancias inferiores, y al contrario de lo que sucede en South Carolina, las recomendaciones sobre posibles candidatos proceden de los colegios de abogados locales, de jueces de tribunales locales, y de los legisladores del distrito donde se ha producido la vacante. De tal modo que, si un abogado quiere ser juez, deber conseguir los mayores apoyos y contactos con todos ellos (Rudlin, 2008-2009: 477-478). Muchos legisladores, tanto demócratas como republicanos, también han creado sus propias comisiones locales de ciudadanos para promover a posibles candidatos para cargos de jueces de tribunales de circuito y de distrito.

Una vez elegidos, los jueces quedan sometidos a una renovación en el cargo por la asamblea legislativa por periodos más o menos largos dependiendo el nivel jurisdiccional del cual estemos hablando²¹.

4.2. LA ELECCIÓN DE LOS JUECES POR EL GOBERNADOR

El sistema de nombramiento de jueces por parte del gobernador fue el que se heredó de la metrópolis y se mantuvo durante los primeros años en los 13 estados que se independizaron. No obstante, la necesidad de atemperar el dominio que dicho sistema otorgaba al ejecutivo sobre el judicial condujo a la introducción de medidas de control sobre aquel.

En la actualidad, el nombramiento de jueces por el gobernador se mantiene en algunos estados como California (para los tribunales superiores), en Massachusetts (para los jueces de los tribunales inferiores)²², en New Jersey o en Maine (para los tribunales inferiores), entre otros. En New Jersey y en Maine el sistema es muy parecido al previsto para la elección de los jueces federales. El gobernador propone al candidato con absoluta discrecionalidad, aunque necesita la confirmación posterior del Senado de estos estados para su nombramiento.

Un sistema un tanto similar es el de Massachusetts, donde desde 1780 los jueces son nombrados de por vida por el gobernador con el consentimiento previo del Consejo del Gobernador²³. Además, desde 1975 los gobernadores han creado comisiones consultivas de nombramiento para asistirle en el nombramiento de jueces, en un intento de dar preferencia a los méritos de los posibles candidatos. Por lo tanto, se trata de un sistema donde el nombramiento por parte del gobernador no es absolutamente discrecional.

De forma similar, en California los jueces de la Corte Suprema y los de los Tribunales de apelación²⁴ son nombrados por el gobernador y dicho nombramiento debe ser confirmado por la Comisión de nombramientos judiciales²⁵. Por lo tanto, no actúa como comisión consultiva, sino que es una comisión con poder de veto. Además, desde 1979, por prescripción legal, el Colegio de Abogados de California realiza una investigación exhaustiva de los antecedentes y calificaciones de posibles candidatos a juez, aunque en este caso el gobernador no está vinculado por las recomendaciones de este.

Un sistema equivalente se sigue en New Hampshire para los jueces de tribunales inferiores, donde también la propuesta del gobernador precisa de una confirmación por parte de una Comisión de nombramientos judiciales.

Por lo tanto, el sistema tradicional de nombramiento de los jueces por parte del gobernador, que históricamente era de carácter absolutamente discrecional, ha ido paulatinamente acercándose al denominado «sistema de méritos» del que nos ocuparemos posteriormente. En no pocos estados el poder discrecional del gobernador ha comenzado a limitarse con la necesidad de que su elección de candidato lo sea de entre los incluidos en una lista elaborada por una comisión de nombramientos y con el establecimiento de un poder del electorado de confirmación del juez en su puesto. Si esto sucede, no nos encontramos propiamente ante el tradicional *appointive system*, sino ante el sistema de méritos.

4.3. LA ELECCIÓN DEMOCRÁTICA DE JUECES

Este mecanismo de designación de jueces surgió en un momento de la evolución de la democracia estadounidense, que llevó a situar al pueblo como protagonista en múltiples espacios, entre ellos también en el de la elección de los que tenía que aplicar la ley: los jueces. En este sentido, los jueces se asimilaron a los cargos representativos. Muchos de los jueces existentes durante lo que se denomina la democracia jacksoniana (1830-1854) desautorizaron en su aplicación leyes que resultaban populares, lo que generó una reacción en un número importante de estados hacia un modelo de juez más cercano a los representantes legislativos.

Mississippi fue el primer estado que impulsó una reforma del sistema de nombramiento de jueces introduciendo la elección popular y partidista de los mismos en 1832. Esta nueva idea de participación ciudadana en el poder judicial se extendió por todos los estados de la Unión durante el S. XIX; por ello, hoy perviven sistemas de selección de jueces en los que, o bien los candidatos judiciales son presentados por los partidos a unas elecciones competitivas, o bien son los propios jueces los que se presentan a unas elecciones, a imagen y semejanza de las elecciones políticas.

Esta práctica, que se generalizó en la gran parte de los estados federados, sufrió serios reveses porque la incursión de los partidos políticos en la designación de jueces hizo saltar las alarmas y, con el tiempo, el modelo ha sido abandonado en muchos estados y sustituido por otras fórmulas (Brandenburg y Schotland, 2007). Así, para paliar la excesiva politización de este sistema de elección de jueces, con el paso de los años se han ido introduciendo modificaciones legislativas en los distintos estados norteamericanos, que han pasado de un sistema de selección partidista a un sistema de elección no partidista u otros sistemas, adoptando medidas correctoras a través de los códigos de conducta judicial o estableciendo limitaciones legales en el proceso de selección, confirmación o renovación de los jueces en su cargo.

En todo caso, aunque la popularidad de las elecciones judiciales partidistas fue disminuyendo en el pasado siglo, 20 estados siguen utilizando elecciones partidistas para seleccionar al menos a algunos de sus jueces de primera instancia, y siete estados (Alabama, Illinois, Luisiana, Nuevo México, Carolina del Norte, Pensilvania y Texas) eligen a sus jueces de apelación y del tribunal supremo mediante elecciones partidistas. Por otro lado, 13 estados siguen seleccionando a los jueces de sus cortes supremas mediante elecciones de

carácter no partidistas (Arkansas, Georgia, Idaho, Kentucky, Minnesota, Misisipi, Montana, Nevada, Dakota del Norte, Oregón, Washington, Virginia Occidental y Wisconsin) (Tuskai, 2021: 32).

4.3.1. Las elecciones partidistas de jueces

El sistema que hemos denominado de elección partidista es aquel en el cual los partidos políticos elaboran las listas de candidatos a los puestos judiciales y estos se enfrentan en los comicios bajo las siglas del partido. Precisamente porque se supone que los jueces deben ser independientes e imparciales, las elecciones judiciales partidistas son las que más controversias despiertan.

Para elegir a los candidatos en algunos estados, se realizan unas elecciones primarias y los ganadores de estas son los que representarán al partido en las elecciones judiciales generales. Así sucede, por ejemplo, en Nueva York para los tribunales inferiores²⁶. Sin embargo, el más importante de estos tribunales inferiores, denominado Corte Suprema (*Supreme Court*), tiene un modelo distinto de elección de los posibles candidatos: se eligen mediante un sistema de convención del partido en el que los votantes eligen delegados a la convención que serán los que elegirán a los que van a ocupar los cargos judiciales. El modo de selección de los candidatos a jueces de Nueva York ha recibido algunas críticas porque, se dice, dificulta el derecho de los ciudadanos a ser posibles candidatos. Sin embargo, el Tribunal Supremo se ha pronunciado a favor de su constitucionalidad. En opinión del juez Antonin Scalia, quien escribió la opinión de la Corte, «[...] en ninguno de nuestros casos se establece un derecho constitucional de una persona de tener una “oportunidad justa” de ganar la nominación del partido»²⁷.

En otros estados, como el caso de Michigan y Ohio, las elecciones a jueces adquieren un cariz mixto, pues los candidatos son propuestos por la Convención del Partido en Michigan, o en las primarias en el caso de Ohio, pero luego los candidatos se enfrentan a la elección para el cargo judicial sin que las siglas del partido aparezcan junto a sus nombres en las papeletas. También Illinois tiene un modelo mixto, similar al recién descrito. En este estado los jueces de la Corte Suprema son elegidos mediante elecciones partidistas por un periodo de 10 años y los de los Tribunales de Circuito por 6 años, trascurridos los cuales deben enfrentarse a elecciones no partidistas para continuar en el cargo como jueces en los subsiguientes periodos.

Como regla general, los candidatos son reclutados por los órganos locales del partido existentes en el estado. De hecho, el interés en reclutar a posibles candidatos para cargos judiciales es el mismo que tiene el partido para cubrir otros cargos, aunque los esfuerzos que se invierten son mucho mayores en las elecciones a jueces de carácter partidista que en las no partidistas. En ocasiones, los partidos tienen comités encargados de buscar posibles candidatos. En otros casos, los posibles nombres se obtienen tras entrevistarse con abogados y otros juristas de la comunidad.

Obviamente, la implicación de los partidos no acaba ahí. De nada serviría la presentación de una lista de candidatos si luego no se colaborara en su promoción al puesto. Los

partidos políticos contribuyen enormemente en las campañas electorales de los jueces tanto ayudando a recaudar fondos para los gastos como contribuyendo directamente en ellas. Asimismo, realizan considerables esfuerzos para alentar a los ciudadanos a que acudan a votar, lo cual implica, en muchas ocasiones, una labor de ir puerta a puerta informando de las elecciones y presentando a su candidato (*door-to-door canvassing*).

4.3.2. Elecciones judiciales no partidistas

Las elecciones no partidistas se adoptaron en un intento de ayudar a restaurar la integridad de los tribunales y, al mismo tiempo, de romper el dominio de los partidos políticos en la selección de los jueces. El condado de Cook, Illinois, fue el primero en aplicar este método en 1873. Actualmente, 13 estados siguen recurriendo a elecciones no partidistas (Arkansas, Georgia, Idaho, Kentucky, Minnesota, Mississippi, Montana, Nevada, Dakota del Norte, Oregón, Washington, Virginia Occidental y Wisconsin) para elegir a los jueces de sus tribunales supremos.

Las elecciones judiciales no partidistas, como se ha indicado, tratan de alejar a los partidos políticos de las elecciones de jueces y el primer signo de ello se observa en la innecesaria postulación de los candidatos por parte de estos. Para presentarse a candidato, basta manifestar el interés en ello e inscribirse en las elecciones y, en algunos casos, acompañar dicha candidatura de un determinado número de firmas de aval. Es más, lo habitual es que la legislación judicial electoral impida a los candidatos a juez hacer campaña basándose en su personal afiliación política y sus nombres deben aparecer en la papeleta de votación sin ninguna referencia a un partido político junto a su nombre²⁸.

Uno de los argumentos que esgrimen los defensores de este sistema es que, al tiempo que consigue remover las consideraciones políticas en la elección de los candidatos, permite asegurar un sistema de responsabilidad de los jueces ante el electorado. Para los partidarios de este sistema, este permite que la elección de los candidatos se fundamente más en criterios de mérito profesional y personal que en las elecciones judiciales partidistas, donde prima fundamentalmente la afiliación partidista. Además, se dice que las elecciones no partidistas generan una mayor permanencia en el cargo de los jueces y evitan los continuos cambios en el cargo judicial, más propios del sistema partidista (Champagne, 2002: 1427).

Por el contrario, la visión de los detractores del sistema es distinta. Para ellos, el sistema reproduce todos los vicios del sistema de elección partidista y ninguna de sus virtudes. En realidad, a pesar de encontrarnos oficialmente ante elecciones «no partidistas», son tantos y tan claros los grupos de interés que intervienen apoyando a uno o a otro candidato que es fácil conocer la ideología y simpatía política de los que concurren a la elección. Estos colectivos pueden ser grupos religiosos muy conservadores, grupos de interés con fuerte poder económicos, defensores de los derechos civiles de determinadas minorías, organizaciones creadas en defensa de determinadas causas (organizaciones pro-vida, a favor o en contra de la pena de muerte, a favor o en contra del matrimonio entre personas del mismo sexo), firmas de abogados, asociaciones de ciudadanos, etcétera. Por otro lado, la presencia

de los partidos políticos, aunque no aparezcan en la papeleta del voto, sigue estando muy presente (Streb, 2007: 110).

Entre los opositores al cambio de las elecciones partidistas por las no partidistas se encuentran los grupos minoritarios (ciudadanos latinos o negros). Estos grupos han conseguido hacerse un hueco el seno de los partidos políticos que puede permitirles tener representación en la lista de candidatos a jueces que aquellos presenten en las elecciones, mientras que, en las elecciones no partidistas, la falta de cobertura de un partido político dificulta su competición en las elecciones judiciales.

En Estados Unidos ha habido dos oleadas de cambio de elecciones partidistas a elecciones judiciales no partidistas. La primera tuvo lugar en la era progresista en los Estados del Oeste y Medio Oeste como reacción a las corruptelas y fallos del sistema de elección partidista. Los estados que habían introducido el sistema de elección partidista para asegurar el poder exigir responsabilidad a los jueces ante el pueblo mediante su no elección vieron que dichas elecciones se convirtieron en un instrumento dominado por los partidos políticos para asegurar sus intereses ante los tribunales. Washington fue el primer estado en introducir elecciones no partidistas de jueces en 1907, y en 1917 doce estados del Oeste y del Medio Oeste había hecho lo mismo. Por ejemplo, California cambió sus elecciones partidistas por no partidistas en 1911 precisamente para reducir la fuerte influencia de los partidos políticos en la selección de jueces. Una segunda oleada se produjo en el Sur alrededor de los años 30. Florida, Kentucky, Georgia, Louisiana, Mississippi, North Carolina and Arkansas, aunque posteriormente muchos de estos estados abandonaron el sistema de elección por el de *merit plans*, que analizaremos posteriormente.

Un estado que sigue manteniendo el sistema de elección no partidista de jueces es Minnesota²⁹. Tal como establece su Constitución, desde 1912 sus elecciones judiciales son no partidistas (*Act of June 19, 1912 Minn. Saws Special Sess.*). Lo que sucede en bastantes ocasiones es que los jueces renuncian antes de finalizar su mandato, lo que permite al gobernador nombrar discrecionalmente a otros candidatos para esas suplencias. De esta realidad ya se ha hablado en el apartado relativo al sistema de *appointment* o nombramiento por parte del gobernador.

4.4. EL PLAN MISSOURI O SISTEMA DE MÉRITOS

4.4.1. Introducción

Se decía al comienzo de este trabajo que precisamente los tintes excesivamente políticos que fueron adquiriendo las campañas electorales judiciales condujeron a la aparición de nuevos sistemas de selección judicial que buscaban mayor objetividad. Esta preocupación está tan extendida que, actualmente, más de la mitad de los estados han optado por uno de esos nuevos modos de seleccionar a sus jueces³⁰. Son sistemas de selección de carácter mixto —dado que intervienen el ejecutivo y los otros poderes— en los que se atiende preferentemente a los méritos de los candidatos y se refuerza el nombramiento con el apoyo popular. Este sistema recibe el nombre de *merit plans*, *Missouri Plan* o *sistema de méritos*.

Su objetivo consiste en apoyar la selección basada en el mérito profesional sin cortar todo canal entre el poder judicial y los otros poderes, y entre aquel y el pueblo. Las candidaturas se formulan por una comisión *ad hoc* compuesta por abogados, jueces y ciudadanos, y se recogen en una lista que, por regla general, incluye de tres a cinco nombres por cada vacante judicial. De esa lista, el gobernador procede después a nombrar a uno de ellos como juez para un mandato no inferior a un año. Transcurrido ese periodo de tiempo, el juez debe someterse a un referéndum popular donde se vota su confirmación en el cargo por un periodo de tiempo que suele ser más bien largo (Guarnieri y Pederzoli, 1999: 39). En todo caso, se trata de unas elecciones judiciales en las que no hay candidato alternativo, los ciudadanos tan solo votan a favor o en contra de su mantenimiento. Estas elecciones reciben el nombre de *retention elections* y de ellas nos ocuparemos posteriormente.

Lo positivo de este sistema es que permite compaginar el principio de independencia judicial con el de responsabilidad de los jueces por sus actuaciones. No obstante, la independencia no está garantizada del todo, pues siguen dependiendo en su confirmación y continuidad en el cargo de lo que opinen los electores sobre su actuación judicial, y ello puede influir en el modo en el que desempeñan el mismo (Reid, 1999).

Por otro lado, es un sistema que trata de dejar fuera a los partidos políticos, o al menos reduce su presencia, y suele aportar a la judicatura candidatos en los que se valora mucho más sus méritos que en otros modelos de selección. En todo caso, decir que este sistema excluye la influencia de los partidos políticos resulta un tanto naif. Realmente, su trabajo empieza mucho antes, tratando de influir en la selección de los abogados, jueces u otros miembros que van a formar parte de la comisión que propone la lista de candidatos, o bien intentando influir en el proceso electoral posterior cuando los ciudadanos tienen que confirmar al juez en su cargo. Incluso cuando efectivamente se consigue dejar fuera a los partidos políticos, la crítica al sistema llega porque se considera que es una máscara que deposita el poder político en manos de los colegios de abogados y otros miembros de la élite social (Carrington, 1998: 106).

No son pocos los escándalos surgidos en aplicación de este modelo. Precisamente en Missouri, el primer estado en adoptar el sistema de méritos, el gobernador fue acusado de presionar para colocar a sus amigos en el Tribunal Supremo del estado (Becker y Reddick, 2003: 4).

Por otro lado, algunas veces la participación del electorado para confirmar al juez en su cargo ha sido convertida por los partidos políticos u otros grupos de interés en una especie de referéndum sobre el modo de hacer justicia sobre una cuestión. Lo cual demuestra que es muy difícil mantener alejados a los partidos u otros grupos politizados de la selección de jueces. Así, por poner un ejemplo, en 1990, el primer presidente afroamericano del Tribunal Supremo de Florida adoptó una decisión en un caso de aborto que tuvo repercusión pública y la campaña de confirmación en el cargo fue utilizada por los grupos pro-vida para generar una opinión mayoritaria a favor de los puntos de vista de este movimiento (Bowers, 2002: 11).

A pesar de los posibles aspectos negativos, está considerado uno de los sistemas menos politizados y, por ello, en unos tiempos en los que se busca una judicatura con connotaciones de imparcialidad, es el modelo más extendido en Estados Unidos. Como decíamos, más de la mitad de los Estados utilizan este sistema para la selección de todos o algunos de sus jueces. Al menos el sistema da una apariencia de una judicatura más alejada de los intereses políticos. Aunque, si lo que pretende el sistema de méritos es expulsar a los partidos políticos del proceso de selección de jueces, desde luego no puede decirse que tal objetivo haya sido alcanzado.

4.4.2. Las comisiones de nombramiento de jueces

Obviamente, una de las primeras cuestiones relevantes en este sistema es la relativa a la configuración de las comisiones y el modo en que se eligen sus miembros. A este respecto, y una vez más, nos encontramos a lo largo de los diferentes estados comisiones con una configuración y modo de conformación de lo más variado. Es más, incluso las previsiones normativas sobre las mismas pueden encontrarse en leyes, en reglamentos o incluso en la propia constitución del estado³¹.

Por lo general, incluyen abogados, elegidos por los colegios de abogados, miembros no juristas, propuestos por el gobernador, la asamblea legislativa o asociaciones de ciudadanos, y jueces, que son elegidos por el presidente del tribunal del circuito o bien ocupa ese puesto el presidente del tribunal donde se va a cubrir la plaza. Por lo tanto, la selección de los miembros que la compondrán puede corresponder a: el gobernador, el abogado general del estado, ciudadanos privados, asociaciones de funcionarios o de abogados, jueces del tribunal supremo del estado, y, a veces, miembros del parlamento estatal³².

Si lo que se pretende con el sistema de méritos es alejar a los políticos de la judicatura, es necesario que estas comisiones sean lo más plurales posibles, que sus miembros sean escogidos por numerosas fuentes y que, como consecuencia, acaben proponiendo candidatos por criterios ajenos a los dictados de un partido político. Y, sobre todo, las comisiones deben ser independientes del órgano que va a nombrar a los jueces (el gobernador).

La pluralidad a la que aludimos puede referirse a una diferente extracción profesional de sus miembros, a una pluralidad ideológica, a una diversidad social o a una diversidad territorial. Algunos estados requieren una composición en la que la presencia de mujeres o grupos minoritarios esté garantizada³³, otros exigen una diversidad general referida a la actividad profesional que realizan (Delaware y Georgia). Para otros, lo importante es que estén representantes provenientes de diferentes partes del territorio del estado (Alaska, Iowa, Florida y Massachusetts) o que reflejen la pluralidad ideológica de la sociedad³⁴.

Las comisiones de nombramiento deben estar sujetas a determinadas reglas y procedimientos, entre otras cosas con respecto a la salvaguarda de la independencia o de la confidencialidad. Los académicos han indicado que también para ellos es necesaria la vigencia de un código de conducta. Algunas comisiones han adoptado complejas reglas

de esta naturaleza. Otras, por el contrario, actúan con criterios mucho más flexibles (Greene, 2007).

Lo habitual es que existan varias comisiones en un estado que realizan esta labor en la selección de los jueces de una parte del territorio o de cada uno de los niveles jurisdiccionales. Pero también podemos encontrar casos como el del estado de Alaska, donde existe una única comisión de nombramientos judiciales para todo el estado y para el nombramiento de todos los jueces.

4.4.3. Las *retention elections*: la responsabilidad del juez ante el electorado

Como decíamos anteriormente, en el sistema de méritos se somete la confirmación del juez —y, por lo tanto, su mantenimiento en el puesto— a la consideración de los ciudadanos a través de lo que se denominan *retention elections*, que podríamos traducir como elecciones de confirmación. Es el elemento central para garantizar la responsabilidad (*accountability*) de los jueces ante el pueblo. Es un modo de dejar en manos de la ciudadanía el control sobre la actuación judicial, sobre la discrecionalidad de la que dispone el juez en el momento de impartir justicia.

No todos los estados que han optado por el sistema de méritos para la selección de todos o parte de sus jueces prevén un pronunciamiento popular para mantener a aquellos en su puesto tras la conclusión de su primer mandato. En el caso de Nueva York, por ejemplo, los jueces tienen que volver a someter su candidatura a la Comisión de nombramientos judiciales en concurrencia con otros candidatos que postulen por esa plaza de juez. Esencialmente el proceso se repite de nuevo, con los mismos pasos que se dieron para su primer nombramiento³⁵.

La exposición de los jueces a un escrutinio popular que se materializa a través del voto hace que de nuevo tengamos que hablar de elecciones de jueces, por mucho que estas sean no competitivas y, por lo tanto, el votante solo pueda elegir entre un sí o un no. El compartir, en el fondo, una naturaleza similar a las elecciones judiciales hace que las *retention elections* acaben pecando de muchos de los defectos de las elecciones populares de jueces.

Uno de los problemas con los que tienen que enfrentarse los jueces que tienen que someter la permanencia en el cargo a la consideración de los ciudadanos es el de las campañas negativas. Más allá de que en cualquier competencia electoral en la que nos encontremos sea habitual el cruce de información negativa y de descrédito de unos candidatos frente a los otros, este fenómeno es particularmente común en los estados donde se ha optado por el sistema de méritos. En dicho ámbito operan grupos de intereses —muchas veces con un amplio presupuesto, aunque a veces con menos— que están especialmente interesados en que un juez no sea renovado en el cargo. Ello puede ser debido a su rechazo desde el comienzo o a alguna decisión que haya adoptado y que contradiga los intereses del grupo. Ha de pensarse que son elecciones no competitivas, los ciudadanos tienen que pronunciarse simplemente sobre la continuidad del juez en cuestión, por lo tanto, es fácil invertir en una campaña en la que no hay que hacer valer las cualidades de un candidato frente a otros

muchos, sino, simplemente desacreditar al que trata de confirmar su puesto. Se pueden citar varios ejemplos que ilustran lo que venimos diciendo. Con anterioridad a unas *retention elections* de Tennessee en 1996 el Tribunal Supremo del estado había adoptado una decisión, por una mayoría muy ajustada, en la que se mantenía la condena a un convicto, pero se le libraba de la pena capital. En reacción a dicha sentencia, la *Tennessee Conservative Union* inició una campaña en contra del juez que había decantado la mayoría a favor de librar al convicto de la pena capital que hizo que, en ese mismo año, que le tocaba ser reelegido, perdiera su puesto (Goldberg, 2007: 75).

Por otro lado, también se ha observado en las últimas décadas una tendencia a la politización de las elecciones de confirmación. Al igual que en ocasiones determinados grupos de interés tienen interés en que tal juez no continúe en el cargo, también los partidos políticos tienen sus preferencias al respecto. Por ello, no es de extrañar que inviertan esfuerzos en potenciar una imagen positiva ante el electorado de aquellos jueces que prefieren seguir manteniendo en el estrado, o creando publicidad negativa respecto de aquellos que han tomado decisiones contrarias a la filosofía del partido.

En todo caso, las elecciones de confirmación tienen resultados muy positivos para los candidatos. Según indican las estadísticas, desde 1964 —que es cuando comenzaron a realizarse este tipo elecciones en algunos estados—, el porcentaje medio de votos a favor del mantenimiento del juez en el cargo, teniendo en cuenta la media de los resultados electorales de todos los estados de la Unión, ha oscilado entre el 84,9 % en los primeros años y el 69,4 % en la década de los 90 (Aspin, 2007). Y en estos últimos años el porcentaje medio interestatal de votos confirmatorios del cargo judicial ha rondado el 75 %. Lo cual demuestra que las expectativas de continuar ejerciendo la función jurisdiccional no son nada despreciables. Entre otras cosas ello es así porque, como se decía, se trata de elecciones no competitivas.

Cierto es que se brinda la posibilidad a la ciudadanía de participar directamente en la conformación del poder judicial, pero tendríamos que preguntarnos si se trata de una participación que tenga considerable valor. Sobre todo, si tenemos en cuenta que dichos votantes toman parte en estos comicios sin demasiada información, la motivación para ir a votar es muy baja y existe una tendencia natural a emitir un voto afirmativo de confirmación.

Por ello, con la finalidad de dotar de mayor sentido al voto del ciudadano y mejorar el sistema de acceso a la judicatura, algunos estados que aplican el sistema de méritos han adoptado lo que se denomina *Judicial retention evaluation programs*. Este sistema consiste en la creación de unas comisiones que evalúan diversos aspectos de los candidatos. La evaluación sobre los candidatos se hace pública antes de las elecciones de confirmación o mantenimiento del puesto para que tengan más información a la hora de votar en un sentido u otro. Lo que se evalúa de los jueces es su habilidad legal, su integridad, su temperamento judicial, sus habilidades de comunicación y sus cualidades de gestión. Sobre estas cuestiones se pregunta a abogados, jueces, no jueces, etc. manteniéndose el anonimato de las respuestas.

El primer estado en adoptar un programa de este tipo fue Alaska en 1976 y le han seguido otros como Arizona, Colorado, Nuevo Mexico, Tennessee o Utah. Por supuesto, la composición de las comisiones de evaluación y su estructura pueden variar de un estado a otro, pero sus objetivos son similares. En el caso de Arizona, por ejemplo, los 30 miembros de la Comisión son propuestos por el Tribunal Supremo del estado, que se encarga de recopilar información sobre los candidatos basándose en las recomendaciones y solicitudes de los ciudadanos. La mayoría de los miembros son no juristas y un máximo de 6 pueden ser jueces. Por el contrario, la Comisión de evaluación de Alaska tiene solo 7 miembros: tres abogados, tres no juristas y el presidente del Tribunal Supremo.

Obviamente, además de dotar a los ciudadanos de más información para que puedan emitir su voto, dichos programas generan mayor confianza de los ciudadanos en el sistema judicial. Al sentirse informados sobre el modo en que los jueces desarrollan su labor, se genera una imagen de transparencia mucho mayor, al tiempo que se ahonda en el principio de responsabilidad del juez ante el electorado.

5. A MODO DE SÍNTESIS. ALGUNAS IDEAS SOBRE LAS QUE REFLEXIONAR

Hace casi 90 años, el juez del Tribunal Supremo de los EE. UU. Louis Brandeis escribió: «Uno de los felices incidentes del sistema federal es que un solo estado valiente puede, si sus ciudadanos lo desean, servir de laboratorio y probar nuevos experimentos sociales y económicos sin riesgo para el resto del país»³⁶. La selección judicial en los Estados Unidos es un ejemplo maravillosamente rico de esa máxima.

Ciertamente, la dualidad y pluralidad del sistema norteamericano ha permitido ensayar durante muchos años, bajo una misma Constitución, los más variados sistemas de selección de jueces, siempre buscando el equilibrio entre la independencia, la imparcialidad judicial y la *accountability* de aquellos que imparten justicia. La cuestión de cuál es el mejor método de selección judicial para lograrlo es casi tan antigua como el propio país. Cada sistema de selección tiene ventajas e inconvenientes, partidarios y detractores. Cada uno de ellos refleja distintas preferencias sobre quién debe controlar el acceso de los jueces a los tribunales, quién puede monitorizar la actuación de estos y qué papel corresponde al poder judicial en la democracia americana.

En resumidas cuentas, y como se ha indicado, en la jurisdicción federal una forma de hacer escapar a los jueces de los vínculos (políticos) con el Gobierno que los nombra y el Senado que los confirma es el establecimiento del nombramiento con carácter vitalicio, como un medio para aislar a los tribunales de los cambios en el consenso público que el devenir del tiempo trae consigo. Se considera que ello fomenta la independencia judicial y disminuye la probabilidad de influencias partidistas, pues los jueces son capaces de decidir sin temor a las represalias políticas, entre ellas no ser renovados o ser cesados³⁷. De hecho, solo cabe la posibilidad de destitución del juez en caso de que falte a su deber de actuar

conforme al esperado «*good behavior*»³⁸. Otro elemento que se estableció para garantizar la independencia de los jueces federales fue el derecho a percibir una retribución que no disminuirá mientras continúen en el cargo. Porque, además de la permanencia en el cargo, nada puede contribuir más eficazmente a la independencia de los jueces que proveer de forma estable a su remuneración. Sin embargo, pensar que con ello los jueces federales escapan a las tendencias ideológicas que pesaron en su elección es una ilusión. Hemos visto más arriba cómo ha crecido el interés de los presidentes por nombrar a jueces cercanos a su propia ideología, porque se ha demostrado que, allí donde la ley deja un margen interpretativo, las sentencias dictadas por los jueces siguen mayoritariamente el perfil ideológico del Gobierno que los nominó.

En los estados se optó en un primer momento por copiar el modelo federal de selección y control de los jueces. Así, en los primeros tiempos, los diferentes estados seleccionaban a los jueces mediante nombramientos realizados a instancias de los gobernadores o las legislaturas estatales. Esta práctica fue contestada en la era de la democracia jacksoniana, dominada por la idea de expansión del sufragio, el control popular de todos los cargos electos del estado y la demanda de la elección directa de los jueces. Junto al interés por garantizar la independencia del poder judicial surgió una nueva necesidad: la de hacer participar a los ciudadanos en el proceso de conformación de la judicatura y, como consecuencia, hacer a los jueces responsables ante aquellos. De ahí que se establecieran con éxito sistemas de elección popular de jueces en muchos estados. Ello abrió las puertas sin tapujos a los partidos políticos, y con ello, como no es de extrañar, a la inyección de dinero para potenciar a los jueces del partido, a las presiones posteriores sobre los mismos y otras implicaciones negativas. En lugar de que ese método directo de elección de los jueces por los ciudadanos se elevara por encima del resto, con los años surgieron argumentos contra su práctica frente a las razones que se habían esgrimido a su favor³⁹ (Pozen, 2008: 278; y Tuskai, 2021: 33) y fueron imponiéndose sistemas de elección de jueces de carácter no partidistas, dando lugar al acceso de jueces de mayor calidad profesional, según se ha defendido empíricamente (Ash y MacLeod, 2021). En todo caso, la excesiva politización que conllevaba la elección de jueces a través de campañas electorales, partidistas o no partidistas, condujo a la aparición de nuevas fórmulas de carácter mixto que trataron de atender en mayor medida a la carrera jurídica y calidad de los posibles candidatos, al no dejar al ejecutivo o a los ciudadanos la libertad absoluta sobre la designación de candidatos, sino permitiéndoles la elección de jueces de entre los candidatos incluidos en listas elaboradas por comisiones de selección judicial (sistema de *merit plans*). A pesar de ello, como ha podido verse en este trabajo, el sistema de selección de jueces a través de estos sistemas mixtos no ha escapado a las influencias de carácter político y ha recibido también sus críticas.

En la idea de *elegir* a los jueces o de votar sobre su permanencia en el cargo (*retention elections*) parece anidar una contradicción difícilmente resoluble y entendible en nuestro continente. ¿Cómo puede asegurarse que los jueces, después del paso por una campaña electoral, realicen sus funciones con el más estricto respeto a los principios de integridad, independencia e imparcialidad? ¿Cómo garantizar que un juez cuya campaña ha

sido financiada por determinada asociación de abogados no favorezca posteriormente a sus miembros cuando se crucen en los juzgados? ¿Cómo asegurar que un juez que sabe que ha de presentarse a una *retention election* no esté vendiéndose permanentemente a las inclinaciones de la mayoría de los ciudadanos, si es consciente que de ello depende su confirmación y/o renovación?

Pudiera pensarse que no cabe extender a España una situación y tradición tan distinta como la existente en EE. UU. Ciertamente, nuestro país no forma parte del sistema de *Common Law*, y la forma de selección de nuestros jueces ordinarios se encuentra en las antípodas de lo que se ha visto en este trabajo, es decir, un acceso a la judicatura tras la superación de una oposición que desvincula a los jueces de los riesgos que supone una elección popular o parlamentaria. Ahora bien, ello no supone olvidar que también en nuestro país se han planteado no pocas cuestiones relativas a la falta de legitimidad democrática del juez. Al tiempo, muchas de las cuestiones arriba descritas podrían traerse a colación en el debate sobre la elección parlamentaria de los miembros de la jurisdicción constitucional, o de los miembros de un órgano estrechamente vinculado a la selección de los jueces, como el Consejo General del Poder judicial. *Mutatis mutandis*, algunos de los aspectos procedimentales de la selección de los jueces federales o de los estatales elegidos por el legislativo o por el sistema de *merits plans* podrían considerarse como elemento a exportar para nuestro propio sistema. Nos referimos, en concreto, al escrutinio sobre la valía de los posibles candidatos que realizan las diferentes comisiones judiciales de selección u otras instancias como la *American Bar Association* u otras asociaciones, y que hacen hincapié no solo en las cualificaciones profesionales de los candidatos a un puesto judicial, sino también en su integridad moral (actividades cívicas, reputación en su entorno jurídico, servicio público...) o en su temperamento (estabilidad, decisión, cortesía, paciencia, sentido de la igualdad ante la ley...). Podríamos pensar en la consideración de algunos de estos aspectos/cualidades u otros, bien en el acceso a la judicatura por el sistema ordinario en España, —junto a la superación de las pruebas/oposiciones establecidas—, bien en el acceso a la judicatura por el cuarto turno, o por el quinto turno al Tribunal Supremo. Incluso, como decíamos arriba, aplicarlo a la elección de los miembros del Consejo General del Poder judicial o del Tribunal Constitucional.

Al igual que resulta interesante observar cómo en Estados Unidos todos estos méritos y cualidades son expuestas públicamente, incluso sometidos a un debate parlamentario, también público, en un ejercicio de transparencia (piénsese, por ejemplo, en el Senado en el caso del debate previo sobre las cualificaciones de los candidatos antes de votar la confirmación de los jueces nominados), como se ha señalado, ello no exime de politización a la judicatura norteamericana, pero al menos permite garantizar unos mínimos razonables de valía de aquellos que van a ocupar los distintos cargos judiciales.

Resulta también reseñable del sistema norteamericano el acceso a la judicatura tras una notable experiencia profesional previa como abogado, lo que contrasta con el acceso a la judicatura en España a edad muy temprana, tras haber superado un examen memorístico que demuestra la capacidad (concreta y, sin duda, dificultosa) de exponer un temario en un tiempo determinado, pero que está alejada de toda aplicación práctica real del Derecho.

Esta carencia trata de suplirse con el paso por la Escuela Judicial y con la realización de unas prácticas, pero queda muy lejos de la experiencia profesional que se exige a un juez estadounidense. De todos modos, no se trata ahora de realizar un estudio comparado de ambos sistemas, pues ni era este el objetivo ni, como decíamos, es fácil establecer la comparación entre dos países con sistemas judiciales tan distintos. Basta con reconocer las diferencias significativas en la forma de seleccionar a los jueces estadounidenses respecto de nuestro sistema, así como los pros y los contras de cada una de ellas, y seguir reflexionando sobre la «mejor» forma de seleccionar a nuestros jueces en el futuro.

NOTAS

1. Art. III Constitución EE. UU. «Se depositará el Poder judicial de los Estados Unidos en una Corte Suprema y en los Tribunales inferiores que el Congreso instituya y establezca en lo sucesivo. Los jueces, tanto de la Corte Suprema como de los Tribunales inferiores, continuarán en el ejercicio de sus funciones mientras observen buena conducta y recibirán en periodos fijos una remuneración por sus servicios que no será disminuida durante el tiempo de su nombramiento».

2. Fue la *Judiciary Act* de 1789 la que estableció la existencia de dos niveles de tribunales federales: *District Courts* y *Circuit Courts*. Y, a partir de 1891, empezó a crearse el *Circuit Courts of Appeal*, un sistema de tribunales de apelación, que sustituyó a las *Circuit Courts*. Al limitado número de tribunales federales existentes durante las primeras décadas ha de añadirse el escaso papel del Gobierno federal antes de la Guerra Civil, lo que limitó más aún el poder de aquellos. La judicatura federal fue aumentando con el tiempo, experimentando un crecimiento mucho más notable tras la Segunda Guerra Mundial.

3. La jurisdicción federal recae sobre las controversias en las que son parte: a) los diplomáticos extranjeros; b) la federación; c) dos o más estados; d) un estado y los ciudadanos de otro; e) ciudadanos de estados diferentes; f) ciudadanos del mismo estado que reclamen tierras en virtud de concesiones de diferentes estados; y g) un estado o los ciudadanos del mismo, por un lado, y por el otro, estados, ciudadanos o súbditos extranjeros. Al igual que aquellos casos relativos a la aplicación de determinadas leyes federales como las antimonopolio, patentes y copyright, quiebra, Derecho marítimo y delitos contra la propiedad federal.

4. Los nombres utilizados para denominar a estos tribunales de nuevo varían según el estado. Por ejemplo, en Alabama y Oklahoma se denominan *Court of Civil Appeals* y *Court of Criminal Appeals*, en Indiana *Court of Appeals* y *Tax Court*, en Nueva York *Appellate Division of Supreme Court* y *Appellate Terms of Supreme Court*, en Pennsylvania *Superior Court* y *Commonwealth Court*, etc.

5. Muchos tribunales intermedios de apelación tienen también competencia para revisar actuaciones de agencias estatales en relación con los deberes del poder ejecutivo.

6. Este sistema responde a la idea de James Madison de establecer «[...] una concurrencia de dos autoridades en la cual por un lado el pueblo y por la otra los estados puedan verse representados».

7. Históricamente ha habido presidentes que durante su mandato no han podido nombrar a ningún juez del Tribunal Supremo. En contraste, algunos batieron récords, entre ellos George Washington, que nombró a 11, o F. Roosevelt, que nombró a 9. Más recientemente, Clinton nominó a 2, G.W. Bush a 2, Obama a 2 y Trump a 3 nuevos miembros de la Corte Suprema.

8. La media de tiempo empleado entre que se produce la vacante y se publica la propuesta de nombramiento es de más de 300 días, aunque en algunos casos esperan incluso un año (Massie, Hansford y Songer, 2004: 146).

9. Disponible en: <https://ballotpedia.org/ABA_ratings_of_presidential_federal_judicial_nominees>. [Consulta: 01/12/2022.]

10. En las propuestas presidenciales de candidatos a jueces para los tribunales federales inferiores, en el 92,5 % de las ocasiones estas han recaído en personas vinculadas al partido político del presidente. Y aproximadamente lo mismo cabe decir de los candidatos a magistrados del Tribunal Supremo (Epstein y Segal, 2005: 26).

11. Dado que el ordenamiento no establece los requisitos que deben cumplir los candidatos a jueces federales, al presidente Truman en 1952 se le ocurrió que podría solicitarse al Comité Federal de la ABA que evaluara a potenciales candidatos para dichos tribunales. El primero en utilizar esta vía fue el ejecutivo del presidente Eisenhower. Hasta 2001, la ABA era consultada por la Casa Blanca sobre los posibles candidatos. En ese año, el Gobierno anunció que solo lo haría tras la notificación pública de la propuesta de nombramiento y antes del consentimiento del Senado. Y, por ejemplo, la ABA no fue consultada cuando el presidente Ronald Reagan propuso a Sandra Day O'Connor para el Tribunal Supremo (Barnes, 2000: 37).

12. Este comité está formado por 15 miembros de la ABA, dos miembros del 9º Circuito, uno de cada uno de los demás 12 Circuitos federales y uno elegido para representar los intereses generales de la ABA (*member-at-large*). Ninguno puede pertenecer a un partido político o contribuir a una campaña política (American Bar Association, 2002: 1).

13. Disponible en: <https://ballotpedia.org/ABA_ratings_of_presidential_federal_judicial_nominees>. [Consulta: 22/12/2022.]

14. Se sigue la regla de que el partido mayoritario en el Senado tiene una mayor y proporcional representación en dicho comité (*Senate Rule XXV (2), Standing Rules of the Senate*).

15. Los *hearings* del Senado a los candidatos a jueces federales se realizan públicamente y, desde 1981, con el proceso de nombramiento de la juez Sandra O'Connor's al Tribunal Supremo, comenzaron a ser un espectáculo televisivo. Además, son invitados abogados, profesores universitarios, funcionarios públicos y grupos de interés.

16. Temas como el derecho a portar armas conforme a la segunda enmienda; la práctica de la política del ejército del *don't ask don't tell* respecto a los gays; la cuestión de la guerra contra el terrorismo y del trato de los presos; el tema del aborto; el asunto de la relación entre el Congreso y el Supremo, es decir, si los jueces pueden invadir las competencias del Congreso con sentencias que suponen legislar de hecho o la intervención en cuestiones de trascendencia política.

17. Así sucede en el caso de Arizona, Colorado, Connecticut, Florida, Missouri, Nuevo Mexico, North Dakota, Hawaii, South Carolina, Vermont o Virginia, entre otros.

18. Así, por poner un ejemplo, el Tribunal Supremo de Minnesota ya ha indicado en varias ocasiones, la última en *Clark vs. Ritchie*, Minn Supreme Court, May 13 (2010), que la Constitución de este Estado no establece una preferencia inicial por un sistema de selección de jueces por delante de otro sistema.

19. Solo tres Estados otorgan el nombramiento de sus jueces al Gobernador: California, Maine y New Jersey. Representan estos un vestigio histórico de las colonias, cuando los jueces los nombraba el Rey inglés o los gobernadores designados en las colonias.

20. Es el caso de South Carolina (con intervención de la *Judicial Merit Selection Commission*), y Virginia (con la intervención de un *Advisory Committee*)
21. Doce años los jueces de los Tribunales superiores y 8 los de los Tribunales inferiores.
22. El Poder judicial de Massachusetts está formado por el Tribunal Supremo, el Tribunal de Apelaciones y los Tribunales inferiores conformados por siete secciones: el Tribunal superior, el Tribunal de Distrito, el *Boston Municipal Court*, el Tribunal juvenil, el *Housing Court*, el *Land Court*, y el Tribunal de familia.
23. El Consejo del Gobernador (Governor's Council), denominado también Consejo ejecutivo, es un órgano gubernamental que asesora y/o otorga su consentimiento a determinadas actuaciones del Gobernador de Massachusetts. Sus 8 consejeros son elegidos por los ciudadanos y sus funciones están establecidas en la Constitución de este Estado.
24. Los jueces del Tribunal Superior (es un tribunal inferior a pesar de su nombre) son elegidos por elecciones no partidistas para un mandato de 6 años. El gobernador nombra a los jueces para las vacantes que se produzcan. En esos casos los posibles candidatos primero deben ser investigados por la comisión de evaluación de nombramientos judiciales. La gran mayoría de jueces de tribunales superiores inicialmente llegar a la judicatura a través de un nombramiento de gobernador para cubrir una vacante y, una vez en el cargo, rara vez se cuestionan su reelección.
25. Esta comisión está conformada por el presidente del tribunal en el que se va a nombrar un juez, el fiscal general, y un presidente de los tribunales de apelación.
26. La estructura del poder judicial de Nueva York es una de las más complejas de los cincuenta estados. Hay tribunales que funcionan en todo el estado, incluyendo la Corte de Apelaciones, la división de apelaciones de la Corte Suprema, la Corte Suprema, el tribunal de reclamaciones, y el tribunal de familia. Hay tribunales que operan solo en Nueva York, como los tribunales civiles y penales de la ciudad de Nueva York. Hay otros que solo existen fuera de la ciudad de Nueva York, incluyendo los tribunales de distrito, los tribunales de la ciudad, y el pueblo y los tribunales de justicia del pueblo, y hay tribunales de distrito que se ubican solo en dos de los condados del estado.
27. *New York State Bd of Elections vs. López Torres*, 128 S. Ct. 791, 552 U.S. 196, 169 L. Ed. 2d 665, U. S. Supreme Court (2008).
28. Así se establece, entre otras en la *Nonpartisan Judicial Election Act* de Mississippi de 1994.
29. El Poder judicial de Minnesota está compuesto por la Corte Suprema, el Tribunal de Apelaciones y los Tribunales de Distrito.
30. Treinta y tres estados lo utilizan para la elección de los miembros de todos o alguno de sus tribunales.
31. Este es el caso de Arizona o Nuevo Mexico.
32. Por ejemplo, de los 12 miembros de la Comisión de nombramientos judiciales del Estado de Nueva York, 4 son elegidos por el gobernador, 4 por el presidente del Tribunal de Apelaciones, 1 por el presidente del Senado, 1 por el presidente de la Asamblea de representantes, 1 por el líder de la minoría del Senado y 1 por el líder de la minoría de la Asamblea de representantes.
33. Esto sucede, por ejemplo, en California, Minnesota, Tennessee, o Massachusetts. Iowa solo requiere diversidad de género, sin aludir a ningún otro tipo de diversidad social.
34. Es el caso de Colorado, Nebraska, Connecticut, o Nuevo México. En este último está previsto constitucionalmente que el presidente del Colegio de abogados, tras consultar a los jueces de la Comi-

sión, pueda nombrar miembros adicionales a esta para obtener un balance político en la misma y asegurar que «[...] los diversos intereses del Estado estén representados» (art. VI.35 Constitución de Nuevo México). Y se establece que sea el decano de la Facultad de Derecho de New Mexico el último árbitro sobre si dicho equilibrio se respeta o no.

35. En el Estado de Nueva York se sigue el procedimiento de selección judicial, el gobernador propone entre los candidatos propuestos por la Comisión, se recibe el visto bueno del Senado y se le nombra para el cargo.

36. *New State Ice Co. vs. Liebmann*, 285 U.S. 262, 311 (1932) (Brandeis, J., dissenting).

37. Un ejemplo de ello pudo verse durante el mandato de Earl Warren como presidente del Tribunal Supremo de Estados Unidos. A pesar de haber sido propuesto para el tribunal por el presidente Dwight Eisenhower (él mismo, un conservador moderado), el Tribunal Warren tomó una trayectoria decididamente liberal, supervisando casos emblemáticos como *Brown vs. Board of Education* (1954), *Miranda vs. Arizona* (1966) y *Loving vs. Virginia* (1967), entre otros.

38. Cualquier persona que considere que algún juez se ha comportado de manera que entorpezca la celeridad y eficacia de la administración del funcionamiento de los tribunales, o que sea capaz de desempeñar los deberes y obligaciones de su puesto debido a incapacidad física o mental, puede presentar una denuncia ante el secretario del tribunal de apelación dentro del circuito de competencia del juez.

39. Los defensores de las elecciones judiciales partidistas impugnadas argumentan que las decisiones judiciales no se limitan a resolver disputas; en realidad, establecen políticas. Los críticos de las elecciones judiciales partidistas impugnadas afirman que el propio hecho de participar en la política partidista entra en conflicto con los ideales de un poder judicial libre e independiente.

BIBLIOGRAFÍA

AMERICAN BAR ASSOCIATION (2002): *Standing Committee on Federal Judiciary, What I is an how works?*, Nueva York: American Bar Association.

ASH, Elliot y Bentley MACLEOD (2021): «Reducing partisanship in judicial elections can improve judge quality: Evidence from U.S. State Supreme Courts», *Journal of Public Economics*, 201, 1-22.

ASPIN, Larry (2007): «Judicial retention election trends 1964-2006», *Judicature*, 90(5), 208-213.

BARNES, Patricia (2000): *Desk reference on American Courts*, Washington D.C.: CQ Press.

BECKER, Daniel y Malia REDDICK (2003): *Judicial selection reform: examples from six States*, Iowa: American Judicature Society.

BLANCO VALDÉS, Roberto (2012): *Los rostros del federalismo*, Madrid: Alianza Editorial.

BRANDENBURG, Bert y Roy A. SCHOTLAND (2007): «Judicial in peril: the endangered balance between impartial Courts and judicial election campaigns», *Georgetown Journal of Legal Ehtics*, 21, 1229-1258.

BOWERS, Michael W. (2002): «Judicial selection in the States. What do we know and when did we know it?», *Research on Judicial Selection*, vol. 2, Chicago, American Judicature Society, 1-16.

BURNS, James MacGregor (2009): *Packing the Court. The rise of judicial power and the coming crisis of the Supreme Court*, London: Pinguin Books.

CARRINGTON, Paul D. (1998): «Judicial independence and democratic accountability in Highest State Courts», *Law and Contemporary Problems*, 61(3), 79-126.

CHAMPAGNE, Anthony (2002): «Interest Groups and Judicial Elections», *Loyola Law Review*, 34, 1391-1410.

- CORLEY, Pamela C., Artemus WARD y Wendy L. MARTINEK (2016): *American Judicial Process. Myth and Reality in Law and Courts*, Nueva York: Routledge.
- DEYSINE, Anne (1998): *La Justice aux États-Unis*, Paris: Presses Universitaires de France.
- DWORKIN, Ronald (2008): *The Supreme Court phalanx. The court's new right-wing bloc*, Nueva York: New York Reviews books.
- EPSTEIN, Lee y Eric A. Posner (2021): «The Roberts Court and the transformation of constitutional protections for religion: a statistical portrait», *The Supreme Court Review*, 1, 315-347.
- EPSTEIN, Lee y Jeffrey A. SEGAL (2005): *Advice and Consent*, Oxford: Oxford University Press.
- EPSTEIN, Lee, William M. LANDES y Eric A. POSNER (2013): *The behavior of federal judges: a theoretical and empirical study of rational choice*, Cambridge: Harvard University Press.
- FINE, Toni M. (2007): *An introduction to the anglo-american legal system*, Pamplona: Thomson-Aranzadi.
- GOLDBERG, Deborah (2007): «Interest groups participation in judicial elections», en Matthew J. Streb (ed.), *Running for judge. The rising political, financial and legal stakes of judicial elections*, Nueva York: New York University Press, 73-95.
- GREENE, Norman L. (2007): «What makes a good appointive system for the selection of State Court Judges», *Fordham Urb. Law Journal*, 35, 35-73.
- GUARNIERI, Carlo y Patrizia PEDERZOLI (1999): *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*, Madrid: Taurus.
- GUPTA, Harees (2000): «The process of appointment of judges in India and USA-A comparative study», Lucknow: Dr. Ram Manohar Lohiya National Law University [en línea] <<https://es.scribd.com/doc/13244382/Process-of-Appointment-of-Judges-in-India-and-USA-A-Comparative-Study#>>. [Consulta: 25/03/2023.]
- ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, Diego (2013): «Los sistemas de gobierno del Poder judicial en el Derecho comparado», en M. Gerpe Landín y M.A. Cabellos Espiérrez (coords.), *El Gobierno del Poder judicial en el estado autonómico, evolución y perspectivas de reforma*, Madrid: Cátedra de Cultura Jurídica, 29-46.
- JACKSON, Vicki C. (2008): «Packages of judicial independence: implications for reform proposals on the selection and tenure of Article III judges», *Daedalus, Platinum Periodicals*, 137(4), 48-63.
- JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo (2016): «Poder judicial y tribunales en Estados Unidos», *Jueces para la democracia*, 85, 41-58.
- MASSEY, Calvin (2015): «Standing in State Courts, State Law, and Federal Review», *Duq. Law Review*, 53, 401-411.
- MASSIE, Tajuan D., Thomas G. HANSFORD y Donald R. SONGER (2004): «The timing of presidential nominations to the lower Federal Courts», *Political Research Quarterly*, 57(1), 145-154.
- MESSITE, Peter J. (2018): «Una visión de los tribunales y jueces en los Estados Unidos. Tendencias actuales», *Revista Argentina de Justicia Constitucional*, 5, 1-5.
- POZEN, David E (2008): «The Irony of Judicial Elections», *Columbia Law Review*, 108(2), 265-330.
- REID, Traci V. (1999): «The politization of judicial retention elections: the defeat of justices Lanphier and White», *Judicature*, 83(2), 68-78.
- RUDLIN, D. Alan (2008-2009): «Selecting judges: the ABA view, and the Virginia experience», *Charleston Law Review*, 3, 475-482.
- SCHEINDLIN, Shira A. (2021): «Trump's judges will call the shots for years to come. The judicial system is broken», *The Guardian*, 25 de octubre de 2021.
- SERRA CRISTÓBAL, Rosario (2011): *La selección de jueces en Estados Unidos*, Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.
- (2017): «El federalismo judicial estadounidense», *Estudios de Deusto*, 65(1), 301-330.
- STRATMANN, Thomas y Jared GARNER (2004): «Judicial selection: politics, biases, and constituency demands», *Public Choice*, 118, 251-270.

STREB, Matthew J. (2007): «Partisan involvement in partisan and nonpartisan Trial Court Elections», en M. J. Streb (ed.), *Running for judge. The rising political, financial and legal stakes of judicial elections*, Nueva York: New York University Press, 96-114.

TUSKAI, Jacob (2021): «Judicial selection in the United States: an overview», *The Judges' Journal*, 60(4), 32-35.

Fecha de recepción: 1 de febrero de 2023.

Fecha de aceptación: 21 de abril de 2023.

PROPONER Y NOMBRAR A LOS JUECES. *LORD CHANCELLOR (LC), LORD CHIEF JUSTICE (LCJ) Y LA JUDICIAL APPOINTMENTS COMMISSION (JAC)**
NOMINATING AND APPOINTING BRITISH JUDGES. *LORD CHANCELLOR (LC), LORD CHIEF JUSTICE (LCJ) AND THE JUDICIAL APPOINTMENTS COMMISSION (JAC)*

Rosa M.^a Fernández Riveira
Profesora Titular de Derecho constitucional
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

El modelo judicial del Reino Unido ha sido prácticamente rediseñado tras la Constitucional Reform Act de 2005 (CRA). Por un lado, en 2006 se creó un órgano público independiente de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, la *Judicial Appointments Commission* (JAC), que es la instancia decisiva en el proceso «profesionalizado» y burocrático de nombramientos judiciales. Y, por otro, en 2009 se creó un Tribunal Supremo, que diseña un proceso especial ante la JAC para nombrar a sus nueve jueces. La figura de *Lord Chancellor* (ministro de Justicia), queda ahora restringida a competencias en el seno del ejecutivo. Los viejos nombramientos oscuros, opacos y sin ruidos, basados en el *tap on shoulder* se han erradicado, pero la JAC, convertida en el órgano público más decisivo en cuanto a nombramientos judiciales sigue concediendo excesivo poder a la *senior Judiciary*, sigue ajustando y reajustando mecanismos que sean capaces de construir una judicatura más diversa, más legítima, más representativa y más responsable.

PALABRAS CLAVE

Nombramientos, JAC, *Lord Chancellor*, *Lord Chief Justice*, rendición de cuentas, diversidad.

ABSTRACT

The judicial model in the United Kingdom has been practically redesigned following the Constitutional Reform Act of 2005 (CRA). On the one hand, a public body independent of the legislative, executive, and judicial powers, the *Judicial Appointments Commission* (JAC), was created in 2006 as a decisive body in the «professionalized» and bureaucratic process of judicial appointments. On the other hand, a Supreme Court was created in 2009, which designed a special process before the JAC to appoint its nine judges. The figure of the *Lord Chancellor* (Minister of Justice) is now restricted to powers within the executive. The old obscure, opaque and noiseless appointments based on *tap on shoulder* have been eradicated, but the JAC, having become the most decisive public body in terms of judicial appointments, continues to grant excessive power to the *senior Judiciary*, continues to adjust and readjust mechanisms that can build a more diverse, more legitimate, more representative, and more accountable judiciary.

KEY WORDS

Appointments, *Judicial appointments commission*, *Lord Chancellor*, *Lord Chief Justice*, accountability, diversity.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2023.071>

* El presente artículo se enmarca en el Proyecto ELI-MOUNT SCOPUS European Standards of Judicial Independence CD/2021-8, March 2021-April 2023. Disponible en: <<https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects/current-projects/eli-mt-scopus/>>. También se desarrolla en el seno del proyecto PR44/21-29917, SANTANDER-UCM, sobre Nombramientos de Jueces: modelos comparados, en especial, en España y Reino Unido, 2022-23.

PROPONER Y NOMBRAR A LOS JUECES. LORD CHANCELLOR (LC), LORD CHIEF JUSTICE (LCJ) Y LA JUDICIAL APPOINTMENTS COMMISSION (JAC)

Rosa M.^a Fernández Riveira

Profesora Titular de Derecho constitucional
Universidad Complutense de Madrid

Sumario: 1. Introducción 2. Apuntes sobre el sistema judicial británico en su estructura orgánica y subjetiva 3. La Reforma Constitucional de 2005 en el Reino Unido, *Constitutional reform Act* (CRA) 4. La creación de la *Judicial Appointments Commission* en 2006 un órgano de propuesta de nombramientos 5. Reflexionando sobre la JAC 6. Últimas ideas dentro de un largo proceso: «... *keeping on paving the way*». Notas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Para ser nombrado juez y acceder a determinado puesto dentro del poder judicial en el Reino Unido es necesario, básicamente, haber superado la formación universitaria pertinente, contar con cierta experiencia en el ejercicio de las profesiones jurídicas (*solicitor, barrister, fellow of Chartered Institute of legal executives...*), conseguir cierta credibilidad en la profesión —avalada, en cierto modo, por la *senior Judiciary*—, sortear exitosamente un proceso competitivo ante la JAC (*Judicial Appointments Commission*) y/o, finalmente, ser

nombrado por ciertas autoridades judiciales del sistema (*Lord Chancellor, Lord Chief Justice, o Senior president Tribunals/Courts*) para ocupar una concreta plaza judicial.

¿Cuánto hace falta de cada requisito? Dependerá del tipo y rango jerárquico de la plaza a cubrir y de la jerarquía del órgano en el que se ubique la plaza. La diversidad, la representatividad, la pertenencia a minorías étnicas, la rendición de cuentas, el mérito (entendido en sentido vivo y versátil) son otros factores que, en el modelo británico, al igual que en otros —entre ellos, el español—, siguen siendo *pending challenges*.

En el Reino Unido hay diversos sistemas de nombramientos judiciales. El de Escocia es distinto al del norte de Irlanda, y este difiere, a su vez, del modelo vigente en Inglaterra y Gales. En este trabajo se expondrán algunas reflexiones sobre los nombramientos judiciales en Inglaterra y Gales. Las especificidades de Escocia y del norte de Irlanda, cada una con sus respectivos órganos de nombramientos judiciales, fueron diseñadas en 2002 y en 2003 respectivamente (*Judicial commission for Northern Ireland y Judicial appointments board for Scotland*)¹.

Tras la reforma constitucional británica de 2005 (*Constitutional reform Act, CRA*), los nombramientos judiciales son el resultado de un *steady drip* de ajustes y reequilibrios entre el viejo modelo de *Lord Chancellor (tap on the shoulder...)* y del nuevo escenario post CRA inaugurado por la creación de la *Judicial Appointments Commission (JAC)* en 2006.

Es este un órgano público e independiente ubicado en el Ministerio de Justicia que no nombra a los jueces. Solo realiza un trabajo «profesionalizado» de búsqueda de candidatos y propuesta de los mejores para cubrir cada vacante dentro de la judicatura británica. Con un ingrediente añadido: en sus modos de trabajo desempeñan un papel importante los jueces *senior*, juristas profesionales y *lay members*, esto es, miembros no juristas, ajenos al mundo del Derecho y con experiencias y *backgrounds* muy diversos que, sumados a los miembros de la judicatura, inyectan nueva sabiduría, nueva legitimidad y desde luego, aportan nuevas voces a los procesos de nombramientos judiciales.

Una vez seleccionados por la JAC, los candidatos que se proponen a las vacantes judiciales deberán después ser seleccionados por las autoridades de nombramiento.

Pero, al margen de la descripción del nuevo modelo —cuestión a la que dedicaremos varias páginas—, en nuestro análisis subyace una reflexión presente en el caso británico y también en el español: ¿cómo diseñar un procedimiento para nombrar los jueces de un poder judicial que permita elegir a los mejores en términos de *mérito, capacitación, representatividad* (legitimidad dinámica) e *idoneidad* (en un determinado momento social, político y cultural)?

Para construir este procedimiento será necesario un juego de equilibrios que combine política y ley, un ajuste armónico de la presencia del ejecutivo, la judicatura, las necesidades y sensibilidades ciudadanas en su «justa» proporción y el impedimento de la politización de los nombramientos, aceptando, no obstante, con honestidad el componente político de estos; pero no cualquier política, sino una política abierta, equilibrada, legítima, transparente, representativa, eficiente, rendidora de cuentas, diversa, apropiadamente dotada

de recursos económicos y empática con el justiciable. Como han señalado Gee, Hazell, Malleson y O'Brien (2015), la buena política de los nombramientos judiciales representa una parte muy relevante de la independencia judicial.

A este enorme reto se enfrenta desde hace años el modelo inglés, como explicaremos a continuación.

En un primer momento —el escenario pre CRA—, el modelo de nombramiento se basaba en la fórmula «*tap on the shoulder*» (palmada en el hombro). El ejecutivo designaba a los miembros de manera silente, opaca y secreta (*secret soundings*). Solo cuándo el candidato recibía la llamada y se hacía expresa la palmada en el hombro del Gobierno, el nombramiento judicial adquiriría eficacia. No en vano, era de esperar que los nombrados fuesen los más afines y cómodos para el ejecutivo en turno.

Un segundo periodo estuvo marcado por la reforma constitucional de 2005, que respondió a la exigencia de erradicar la falta de separación de poderes amparada en la pueril creencia de una suerte de capacidad para actuar (*Lord Chancellor*) separando ley y política. La caduca visión del *good chap*² resultaba evidente. Como se ha señalado, en 2006 se creó un nuevo órgano de propuesta y selección de jueces, la *Judicial Appointments Commission* (JAC) y se profesionalizó el proceso de los nombramientos judiciales. Hoy, después de quince años de vigencia del modelo JAC, en una sociedad consciente del gran poder de la judicatura inglesa, continúan realizándose intentos de reequilibrar el excesivo (endogámico) peso de la judicatura (*senior Judiciary*) y se debaten propuestas que sugieren la necesidad de recuperar el peso del ejecutivo en los nombramientos judiciales, si bien su presencia permanece, sin duda, de manera directa o indirecta en las numerosas fases del largo y complejo proceso. ¿Será este el camino a seguir?

2. APUNTES SOBRE EL SISTEMA JUDICIAL BRITÁNICO EN SU ESTRUCTURA ORGÁNICA Y SUBJETIVA

Al igual que cualquier otro modelo judicial, el británico, también se articula a través de una dimensión personal-subjetiva y otra objetiva-institucional.

El modelo del Reino Unido, país por excelencia de la tradición jurídica del *Common Law*, surgido y evolucionado en un modelo de *unwritten constitution*, se articula en una serie de órganos judiciales (*Courts y Tribunals*) y distintos tipos de miembros de la judicatura (*Circuit judges, District judges, Law Lords, and Supreme Court Justices*). Así pues, tanto el elemento territorial, como el elemento jerárquico, el de cualificación profesional y, el régimen de dedicación (jueces en dedicación plena y/o parcial) condiciona todo el diseño orgánico y subjetivo.

Por un lado, el Reino Unido presenta una implícita y explícita división judicial entre Inglaterra-Gales, el norte de Irlanda y Escocia y, por otro, la jerarquía entre órganos y entre miembros de la judicatura opera a todos los efectos de abajo a arriba, al igual que ocurre

en el modelo español (desde un juez de instrucción hasta un magistrado del Supremo o su propio presidente).

2.1. DIMENSIÓN ORGÁNICA

En sentido ascendente, desde los órganos de menor jerarquía hasta la instancia jurisdiccional más alta del sistema, el sistema se organiza del siguiente modo: *Tribunals, Magistrates' Courts, Crown courts, County courts, High court, Court of Appeal, Appellate committee of the House of Lords, Supreme Court* y *el Judicial Committee of the privy council*. Este último no es jerárquicamente superior al Tribunal Supremo y ostenta un ámbito específico de competencias jurisdiccionales que, si bien históricamente pudieron ser relevantes, tras la *Constitutional reform Act* (2005) han quedado muy reducidas³.

Realmente, se consideran *low levels* de *la Judiciary: Magistrate's court, County court* y los *Tribunals*. Y son considerados altos órganos del sistema judicial desde la *High Court* y la *Court of Appeal* hasta el actual Tribunal Supremo.

Los *Tribunals*, los órganos de menor jerarquía de la pirámide no son formalmente parte del sistema y están integrados por *lay members* (personas no profesionales, pero con alguna formación y práctica jurídicas). Sin embargo, juegan un relevante papel porque liberan de mucho trabajo al resto de órganos judiciales profesionales.

Sus procedimientos *no formales* son más ágiles, baratos y sencillos, por lo que, desde mediados del siglo XX, cuando se establecieron, su desarrollo y evolución han estado marcados por una crítica permanente. Por un lado, sus defensores apelan al gran servicio que estos prestan al sistema descargándolo de muchos asuntos (seguridad social, asilo, inmigración, salud mental, libertad de información, ciertos aspectos de arrendamientos, etc.). Por otro, los más ortodoxos y puristas han reprochado a los mismos su poca solidez y han alegado siempre la escasa calidad de su ejercicio de la función jurisdiccional.

Este escenario de críticas dio lugar al estudio y auditoría del sistema de tribunales que se presentó en un interesante documento en el año 2000 (*Sir Andrew Legatt report of the review of tribunals*)⁴. El informe Legatt de 2001 contenía importantes críticas y recomendaciones. La *Courts, Tribunals and Enforcement act de 2007* se hizo eco varias de las recomendaciones y propuestas del informe.

Poco después, otra importante reforma y actualización del sistema de tribunales se llevó a cabo a través de la *Court tribunals and Enforcement Act de 2007*, que contribuyó de manera decisiva a la mejora y racionalización del sistema.

El modelo judicial británico empieza propiamente a través de las *Magistrates' courts*, que conocen, en el primer nivel, casi el 2 % del total de los asuntos penales surgidos al año. También tienen, una competencia residual en ciertos casos civiles (temas de tráfico leves o algunos asuntos de familia también de escasa relevancia). Un pequeño porcentaje de estos órganos están compuestos por juristas profesionales y se les denomina *District Judges* (antiguos *Magistrates' courts*); operan en los distritos de mayor litigiosidad y densidad pobla-

cional junto a magistrados no profesionales que prestan sus servicios a tiempo parcial. Pero la gran mayoría son *lay members* (no profesionales) asistidos por un experto en Derecho. Y todos desarrollan su trabajo en combinación con un jurado de ciudadanos⁵. Es cierto que los últimos estudios y publicaciones que describen el funcionamiento de estos órganos lo tildan de preocupante, pero no solo por el poder que ostentan en el ámbito penal (pueden fallar hasta un máximo de 12 meses de prisión), sino también por la falta de unidad, coherencia y calidad en su trabajo⁶.

En el ámbito penal y en un escalón jerárquico superior, se encuentran las *Crown courts*, que conocen tan solo de un 5 % de la totalidad de los asuntos penales⁷ que tienen lugar cada año. Los asuntos penales que resuelven suelen ser de gran trascendencia (asesinato, homicidio, incendios provocados, etc.). Si la materia del litigio es civil, el sistema cuenta con los *County courts* que conocerán de los asuntos que llegan hasta una determinada cuantía y, por encima de este límite, el órgano competente para conocer del proceso será entonces la *High Court*.

La *Hight Court* está dividida en tres ámbitos jurisdiccionales: a) *Queen's bench division* (QBD), competente para conocer de los recursos en el ámbito civil y comercial; b) *Chancery division* (propiedad intelectual, quiebras y concursos, equidad, etc.) y c) *Family division* (Derecho civil de familia en todas sus dimensiones).

En un escalón jerárquicamente superior se encuentra la *Court of Appeal*, que, en sus dos secciones, civil y penal, conoce de los recursos frente a los fallos judiciales de la *High Court*, las *County courts* y las *Crown courts*. Está compuesta por secciones de dos y tres jueces (*senior judges*).

En la posición más alta de tal estructura orgánica se encuentra el antiguo *Apellate Committee of the House of Lords*, que tras la reforma constitucional de 2005 (CRA) ha sido sustituido y rebautizado como el Tribunal Supremo del Reino Unido (*Supreme Court*, 2009). Como se detallará a lo largo de este trabajo, este proceso de transformación fue largo y complejo. Seguramente, un factor decisivo para implementar el nuevo diseño fueron los efectos producidos por la aprobación de la *Human Rights Act* de 1998 (HRA), que incorporó el contenido y espíritu del Convenio de Roma al Derecho nacional británico (*domestic law*) para interpretar y aplicar los derechos fundamentales.

Lady Hale, la primera mujer presidenta del Tribunal Supremo en el Reino Unido (UKSC), (2017-2020), reflexionando acerca de las razones que justificaban la creación un órgano judicial como la *Supreme Court*, esgrimió los siguientes argumentos: *i*) los fallos judiciales de este Tribunal deben ceñirse a cuestiones de interpretación e interés «legal» y no a cuestiones fácticas o de hecho, *ii*) sus pronunciamientos se articulan sobre asuntos susceptibles de varias interpretaciones-argumentaciones jurídicas y no para desmontar errores interpretativos o equivocaciones judiciales de instancias judiciales inferiores y, *iii*) los asuntos a tratar serán, en todo caso, de importancia general e interés público⁸.

Desde 2009, la UKSC ha desempeñado sus tareas y ha pronunciado relevantes fallos judiciales, aunque la polémica y el debate sobre la conveniencia de que sea un órgano independiente del poder legislativo (*House of Lords*) no ha sido completamente erradicada⁹.

2.2. DIMENSIÓN SUBJETIVA

El modelo orgánico arriba descrito se integra por jueces que también ocupan distintas posiciones jerárquicas. Hay jueces que pueden formar parte de varios órganos judiciales y conocer de asuntos en materia civil y penal al mismo tiempo. Y jueces que prestan sus servicios de manera temporal y, en consecuencia, son remunerados solo por tales prestaciones o jueces que ejercen con dedicación completa y exclusiva y son, por tanto, remunerados como profesionales estables.

Part-time Judges

El primer escalón en la judicatura inglesa está formado por los *part-time (fee-paid) judges*. Esta figura se integra por jueces que actúan de manera parcial y, por tanto, cobran sus salarios con relación al periodo de tiempo para el que son llamados. El resto de su tiempo, de manera un tanto sorpresiva y paradójica (para los modelos occidentales de *Civil Law*), pueden ejercer otras actividades profesionales legales. Este tipo de jueces representan alrededor de dos tercios de la judicatura en Inglaterra y Gales¹⁰. No disfrutan de una plaza permanente y el *Lord Chancellor* (LC) (ministro de Justicia) podría decidir no renovarles en el cargo. Estos jueces han generado —y generan en la actualidad— una importante preocupación debido a su permanente inestabilidad y, consecuentemente, a los efectos negativos que ello provoca en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y en su imparcialidad¹¹.

Masters

Seguidamente se encuentra la figura de los *masters*, que son «jueces procesales» que conocen en primera instancia de todos los asuntos del proceso hasta que el asunto está listo para ser juzgado por un juez de la *High Court*. Solo actúan en la *Queen's bench division* y en la *Chancery division*.

Deputy High Court judges

En la *High Court* también existen jueces a tiempo parcial. Suelen ser abogados senior con bastantes años de experiencia y ejercicio pero que empiezan ejerciendo de manera temporal y podrán ser consolidados de manera permanente en su puesto (*full-time High Court judges*) si el volumen del trabajo y las circunstancias así lo aconsejaran. Entre los abogados en ejercicio senior (*Barrister* o *Solicitor*, figuras que luego explicaremos) algunos son nombrados, de manera temporal (al menos, 20 días por año) como jueces civiles o penales (*County Court* o *Crown Court*) y se les denomina *Recorders*.

District judges (Magistrates' Courts)

Los *District judges* de las *Magistrates' Courts* son jueces profesionales con dedicación permanente. Normalmente, son abogados con experiencia y años de práctica (a diferencia de la gran mayoría de los *Magistrates*, que suelen ser personas sin formación jurídica, es

decir, *lay members*) que tratan asuntos penales de complejidad y gravedad y algunos asuntos civiles (sobre todo casos de familia).

District judges y Circuit judges

Las *County Courts* se integran por *District judges* (que resuelven asuntos civiles de escasa relevancia), mientras que los *Circuit judges* se sientan en las *Crown Courts* y en las *County Courts* para tratar asuntos tanto civiles como penales de mayor complejidad y trascendencia.

High Court judges

En el siguiente peldaño jerárquico están los jueces de la *High Court (judges)*, que son nombrados para alguna de las tres secciones de este órgano: *Queen's bench*, *Family* o *Chancery division*. Desarrollan su labor desplazándose a través de los circuitos judiciales (solo en Inglaterra y Gales hay seis circuitos de carácter geográfico) y conocen de asuntos civiles y penales de mucha trascendencia y complejidad jurídica.

Lords Justices of Appeal

Entre los jueces de la *High Court* anteriormente descritos, se nombra a los jueces de la *Court of Appeal*, los *Lords Justices of Appeal*. Pertenecen a una de las dos secciones de este órgano (*Court of Appeal*), civil o penal. La sección civil está integrada por dos o tres jueces, pero la penal siempre está compuesta por tres jueces porque añade un *Lord o Lady Justice* proveniente del Tribunal Supremo.

Supreme Court judges (antiguos *Law Lords*)

Los jueces (*Lords* o *Ladies*) del Tribunal Supremo son 12 y sus funciones han experimentado una importante evolución. Si antes de 2005 (CRA), pertenecían al *Appellate committee of the House of Lords*, dentro de la Cámara Alta del Parlamento (tal como explicamos en páginas anteriores), con todo lo que ello significó en términos de participación y aportación de voces de gran cualificación en los debates y procedimientos legislativos en general, hoy solo son miembros del Tribunal Supremo, órgano independiente y ajeno al Parlamento de Westminster.

A pesar de la sorpresiva lectura que para cualquier democracia occidental puede tener la evidente inexistencia de separación de poderes descrita en el párrafo anterior y presente en el Reino Unido hasta la reforma de 2005, algunas voces defendían del modelo anterior con base en diversos argumentos. Quizá el más importante era el que destacaba el enorme nivel de cualificación y la valiosa tarea de asesoramiento que los miembros del *Appellate committee HL* proporcionaban de manera estable en las tramitaciones y debates parlamentarios¹². Esa tarea, aducían sus defensores, se llevaba a cabo de manera práctica y no interfería inadecuadamente en las votaciones o en los debates políticos.

En contraste, las voces discrepantes insistían en la imagen de no independencia entre legislativo y judicial.

Además, el 8 de septiembre de 2003 la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa emitió un informe¹³ sobre el papel de *Lord Chancellor* en el sistema constitucional del Reino Unido en el que, de manera bastante crítica, solicitaba al país una que aprobara una reforma legislativa orientada a recuperar la separación de poderes, profundamente dañada antes de 2005.

La denuncia de la Asamblea parlamentaria era nítida, el Reino Unido no puede concentrar en una única institución, (*Lord Chancellor*)¹⁴ tres cargos: las funciones ejecutivas (es decir, ser el ministro de Justicia del Gobierno con un papel central en materia de nombramientos judiciales), ser el *speaker* de la Cámara de los Lores (con las consiguientes responsabilidades y funciones legislativas que comporta la presidencia de esta Cámara) y, en tercer lugar, ser la cabeza máxima de la judicatura y juez en activo que preside dos órganos muy importantes: el *Appellate committee of the House of Lords* y el *Judicial Committee of the Privy Council*.

Semejante concentración suponía un peligroso solapamiento de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial y una fuente de constantes «conflictos de intereses», tal como denunciaba insistentemente el informe.

Junto a los miembros de la judicatura descrita (categorías), existen una serie de puestos de naturaleza personal y de elevado rango jerárquico que, de manera individual, desempeñan competencias específicas dentro de la «alta judicatura». Tales cargos son: *Lord Chancellor* (LC) que es el ministro de Justicia, *Lord Chief Justice* (LCJ) que es el presidente de la Sala de lo Penal de la Corte de Apelación (*Court of Appeal*) además de la primera autoridad y cabeza del poder judicial y, en segundo lugar, *Master of the Rolls*, que es el presidente de la sala de lo civil.

Junto a ellos figuran los presidentes de las tres salas de la Corte Suprema (*High Court*): *president of the Family Division*, *president of the Queen's bench division* y *Chancellor of the High Court*.

3. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2005 EN EL REINO UNIDO, CONSTITUCIONAL REFORM ACT (CRA)¹⁵

Las grandes reformas nunca responden a una sola causa. Es más, suelen suceder tras largos periodos de tiempo a lo largo de los cuales se van gestando lentamente. Durante el proceso surgen tanto circunstancias complejas como, de manera sorprendente, factores coyunturales inesperados —injustificados e impredecibles—. Así fue la reforma constitucional británica de 2005, un proceso con cambios puntuales anecdóticos, pero también con modificaciones difíciles y lentas.

En palabras de Le Seur, la reforma no se llevó a cabo de modo tranquilo, consensuado y digno, sino que se presentó progresivamente a la ciudadanía en píldoras periodísticas¹⁶.

Los cambios que tenían que producirse permitirían el establecimiento de un nuevo modelo judicial respetuoso con la separación de poderes de manera institucional (el ser) y de manera pedagógico-social (en su imagen o apariencia). ¿Cuál era el modelo judicial anterior a la reforma?

Heuston describía con bastante acierto el estereotipo del clásico *Lord Chancellor* previo a la reforma como un jurista de élite, con habilidades y capacidades suficientes para granjearse el respeto, y también el miedo, de jueces, abogados, políticos y funcionarios¹⁷.

Los pasos¹⁸ comenzaron de modo secreto y se reflejaron después en un documento llamado Concordato (2004), que se centraba básicamente en dos grandes asuntos: por un lado, los nombramientos judiciales y, por otro, los mecanismos disciplinarios de la judicatura, además, por supuesto, de la nueva relación que debía tejerse entre el poder ejecutivo, el poder legislativo y el judicial.

Al menos en sus primeros momentos, esta senda de cambios trató de mantenerse al margen de la participación e implicación de la judicatura (de los jueces más veteranos y en las más altas posiciones), reticente a perder poder y a ser objeto de controles o injerencias.

La relación —cuasi fusión— entre el Ministerio de Justicia y el ministro con la judicatura constituía (antes de la reforma) una realidad en el modelo británico. Cercanía y cooperación tanto respecto de los nombramientos de los jueces (por parte del ministro de Justicia y su equipo más próximo) como respecto de las consultas que de modo estable el Gobierno sometía al criterio de la *senior Judiciary* en asuntos políticos de diversa índole. Una relación difícil de aceptar y entender¹⁹.

Es obvio que en estas páginas no dispongo de espacio suficiente para analizar un elemento del sistema constitucional británico que durante durante muchísimos años ha sido central: la colaboración y relación entre el poder ejecutivo y el judicial. No obstante, algunas claves pueden dar cuenta de su profundidad. *i)* La relación y cercanía de la judicatura inglesa (jueces senior) con la Secretaría de Estado o con el propio Ministerio de Justicia, así como con los políticos pertenecientes a este departamento del Gobierno ha sido una constante en la democracia inglesa (Walpole, Churchill, Thatcher...). *ii)* La idea de que cualquier análisis de semejante relación en términos maniqueos —o como antinomia o amenaza a la independencia judicial— debe considerarse erróneo²⁰. *iii)* Los jueces han enriquecido con su sabiduría y *expertise* fruto de los procesos judiciales, las decisiones de los políticos y las tramitaciones legislativas y ello se han hecho de manera *formal* (institucional en el sistema de comisiones del parlamento) e *informal* (a través de los medios de comunicación, conferencias, discursos, etc.). *iv)* La historia inglesa se ha beneficiado de una importante *convención* (vetusta y no escrita): el recíproco respeto y defensa del estamento judicial por la clase política y, a su vez, de los políticos por los jueces ingleses. Así, se han producido episodios como el que se vivió tras la publicación en el *Daily Mail* el 4 de noviembre de 2016 que calificó a los jueces británicos del Tribunal

Supremo como «*Enemies of the people*» tras la controvertida sentencia sobre el Brexit (*Miller vs. State Secretary*, 2016)²¹, provocaron la defensa firme e inmediata de la entonces *Lord Chancellor* (Liz Truss)²².

En definitiva, sería precisamente esta enraizada y compleja relación entre los poderes ejecutivo y judicial lo que la reforma constitucional de 2005 debía reformar. ¿Existía separación de poderes? La apariencia y su diseño institucional evidenciaban que la respuesta era negativa.

Las medidas más prácticas que facilitaron los cambios fueron las siguientes: *i*) Se creó un nuevo Ministerio de Justicia con nuevos miembros y nuevas competencias. Al frente de ese órgano estaría el *Lord Chancellor*, que ya no sería la cabeza de la judicatura y que ya no ostentaría las viejas competencias de nombramientos judiciales. El *Lord Chief Justice* (LCJ) sería ahora la cabeza del poder judicial como institución separada e independiente. *ii*) Se creó un órgano público e independiente, aunque ubicado en del Ministerio de Justicia dedicado a realizar (más bien, proponer e informar) los nombramientos judiciales, la *Judicial Appointments Commission* (JAC) 2006. *iii*) En 2009 se creó el Tribunal Supremo como máximo órgano judicial, que sustituiría al antiguo *Appellate committee of the House of Lords* y que tendrá su sede fuera del Palacio de Westminster (*House of Lords*) para trasladarse al palacio de *Middlesex Guildhall*.

Ahora, el artículo 3(6) de la CRA, de 2005, establece como obligaciones de *Lord Chancellor*: *i*) la defensa de la independencia judicial, *ii*) el apoyo necesario a la judicatura para permitir a esta ejercer sus funciones y, *iii*) la garantía de que el interés público con respecto a los asuntos relacionados con el poder judicial esté debidamente representado en las decisiones que afectan a esos asuntos.

Esta nueva regulación normativa diferenciaba por primera vez, y de manera expresa, el «interés general» y los intereses particulares de los jueces. Cuestiones como los sueldos, la jubilación, las condiciones laborales de la judicatura o los nombramientos judiciales deberán regularse de acuerdo con el «interés general»

Estas medidas, en cuanto tangibles y concretas, serían más fáciles de asumir y respetar. El problema estaría en *las otras*, también necesarias, menos identificables, profundamente diluidas en hábitos, prácticas, usos y/o cultura de una judicatura cuyo ADN era y se desarrollaba al abrigo del poder ejecutivo.

Tras la CRA de 2005, el *Lord Chancellor* debía seguir defendiendo la independencia judicial en dos grandes ámbitos competenciales. Por un lado, respecto del sistema judicial en su totalidad y en su actividad diaria dentro de los órganos judiciales, de ahí sus importantes funciones de apoyo y supervisión sobre cualesquiera nombramientos judiciales. Por otro, aquilatando y velando por una sana, equilibrada y adecuada relación entre el ejecutivo y el judicial.

4. LA CREACIÓN DE LA *JUDICIAL APPOINTMENTS COMMISSION* EN 2006, UN ÓRGANO DE PROPUESTA DE NOMBRAMIENTOS

Gee explica de manera contundente que la política está inextricablemente unida a los nombramientos judiciales²³.

Al igual que la política fluye y se actualiza al albur de la realidad social, la judicatura también experimenta y sufre tales procesos de cambio. Turenne señala que desde la CRA no solo ha cambiado el papel que juega el *Lord Chancellor* (como ministro de Justicia en el Gobierno) en los nombramientos judiciales, sino también la imagen que los medios de comunicación y la sociedad tienen de los jueces y el rol que desempeña el Tribunal Supremo del Reino Unido como *guardián de los valores constitucionales*. Los jueces británicos son cada vez más vulnerables frente a los ataques o envites políticos²⁴. Pero no podemos olvidar que los jueces son también cada vez más «poderosos» al ejercer la función de la *iuris dictio*.

¿Cómo se nombra la judicatura en el Reino Unido?

Para responder a esta cuestión, deben considerarse varios aspectos: *i*) la profesión jurídica en la sociedad británica (*Solicitors* y *Barristers*) después de la formación en la universidad, *ii*) la propuesta e identificación de candidatos por la *Judicial Appointments Commission* (JAC) para cubrir las vacantes de la judicatura y, *iii*) el procedimiento especial para nombrar a los jueces del Tribunal Supremo.

4.1. LA PROFESIÓN JURÍDICA EN LA SOCIEDAD BRITÁNICA (*SOLICITORS* Y *BARRISTERS*) DESPUÉS DE LA FORMACIÓN EN LA UNIVERSIDAD

La carrera profesional como abogado ejerciente en el Reino Unido se divide en dos categorías: *Solicitors* (219.424 en cifras de 2022, según Law Society business review) y *Barristers* (solo en Inglaterra y Gales alrededor de 17.000 según datos del *Bar's council annual report* de 2021-2022). A pesar de los numerosos cambios que han experimentado ambos tipos de profesionales, presentan importantes diferencias en relación con el acceso, la capacitación, la actividad profesional y las competencias jurídicas.

Además de otros aspectos diferenciales, en esencia los *solicitors* trabajaban contratados en despachos de abogados con monopolio sobre determinados asuntos (compraventa, arrendamiento y otros asuntos de Derecho civil) y su colegio profesional y órgano de gobierno es *The Law society*.

Originariamente, los *barristers* trabajaban por cuenta propia y pertenecían a una de las cuatro grandes cámaras profesionales de la abogacía (*Lincoln's Inn*, *Gray's Inn*, *Middle Temple* e *Inner Temple*). Además, disfrutaban del derecho exclusivo de presentar y defender asuntos ante los órganos judiciales a partir de un cierto nivel jerárquico (*High Courts* hasta el Tribunal supremo), una litigación demandante de «alta cualificación» que durante muchos años (hoy ya no) fue de su patrimonio exclusivo. Su órgano público de gobierno es el *Bar council*.

Solo un pequeño porcentaje de los *barristers* promocionaban con el sello de la más alta cualificación profesional, conocido con *Queen's Counsel* (QCs) o *Silk* (1900 son QCs de entre todos los *barristers* y solo en 2021 fueron nombrados 101 *barristers* como tales).

Las clásicas diferenciaciones y la idiosincrasia de ambas profesiones jurídicas han ido diluyéndose y cambiando a consecuencia de muchos factores (entre ellos, la aprobación de la *Courts Legal Service Act* de 1990 y la *Acces to Justice Act* de 1999) que han ido introduciendo poco a poco la posibilidad de que también los *solicitors* disfruten del derecho de litigar en *Highs Courts* mediante la obtención de la pertinente cualificación a fin de homologar los derechos y las competencias de ambas categorías profesionales²⁵.

Los cambios y reajustes que han ido sucediéndose han tratado de garantizar la articulación de un sistema sólido y plural en la prestación de servicios legales sin descuidar la excelencia y la máxima cualificación que asegure también la máxima representatividad social. Una norma que refleja tales avances es la *Legal Service Act* de 2007.

Hoy en día, las características y problemas (desigualdad en el acceso a la cualificación, manipulación del mercado de servicios legales y falseamiento de la competencia, injusta y desigual representatividad femenina y de colectivos étnicos minoritarios, excesiva especialización, parcialidad en la promoción, brechas salariales, etc.) que afectan a *solicitors* y *barristers* preocupan sin duda al ejecutivo y al poder judicial.

Malleson y Moules²⁶ consideran que la alta judicatura (*High Courts* y órganos judiciales superiores hasta el Tribunal Supremo) continúa nutriéndose básicamente de *barristers*, de ahí que reproduzca de manera mimética los problemas que aquejan a esta categoría profesional.

4.2. LA PROPUESTA E IDENTIFICACIÓN DE CANDIDATOS A LA JUDICATURA POR LA *JUDICIAL APPOINTMENTS COMMISSION* (JAC) PARA CUBRIR LAS VACANTES DE LA JUDICATURA

Con la creación de la JAC en 2006, este órgano público e independiente del poder ejecutivo trabaja en la identificación y propuesta de candidatos para cada nombramiento judicial (CRA, section 70(3)). Los candidatos deberán después ser nombrados o rechazados por las correspondientes autoridades de nombramiento, pero el peso y la eficacia de las propuestas de la JAC a través de los años le han conferido cierta *auctoritas* que, más que un órgano de propuesta o recomendación, ha hecho de él en un verdadero órgano de nombramiento.

Los nombramientos finales se harán por *Senior president of Tribunals* (SPT) para las posiciones judiciales de los niveles orgánicos, «tribunales» (en las páginas anteriores explicados); para todos los puestos de «Cortes judiciales» de nivel inferior a la *High Court* (HC) la autoridad de nombramiento es el *Lord Chief justice* y, para los nombramientos de la HC la autoridad será el *Lord Chancellor*.

Hay un último conjunto de nombramientos judiciales senior y de especial relevancia para los que el modelo ha diseñado un procedimiento especial dentro de la JAC: son los

nombramientos de los jueces de la *Court of Appeal*, los presidentes de las secciones de la *High Court* y el propio *Lord Chief Justice*. Todos estos nombramientos siguen aún bajo profundas inercias y hábitos del modelo anterior a la CRA de 2005.

La JAC está compuesta de 15 *commissioners*, de entre miembros de la judicatura, miembros juristas y *lay members*. El presidente de la JAC debe ser un *lay member*. Así se quiso en el diseño inicial de este órgano para evitar un excesivo peso de la judicatura en los procesos de selección de candidatos. Aun así, seis miembros deben ser jueces, cinco deben ser juristas profesionales y los demás serán profesionales ajenos al mundo jurídico y judicial; se intenta, de este modo, insuflar aire fresco en los procesos de selección. Todos ellos son nombrados por la reina, a propuesta de *Lord Chancellor* y de tres jueces propuestos por el Consejo judicial (*Judges council* de Inglaterra y Gales). Su mandato es de un máximo de cinco años y un mínimo de tres, pero pueden renovarlo por otros cinco años.

*¿Cómo trabaja la JAC en los procesos de selección?*²⁷

Los inicios de la JAC no fueron fáciles. De hecho, en los dos primeros años se pensó incluso en su supresión. Se consideró que era un órgano excesivamente burocrático, poco ágil, muy caro y poco versátil para realizar nombramientos, si bien el principal motivo de cuestionamiento del órgano era que no se veía con buenos ojos la merma de poder que la judicatura senior, en gran parte, debía asumir.

Pero lo cierto es que no han dejado de producirse ajustes y reajuste y que este órgano sigue funcionando a través de varias fases: una descripción muy detallada del puesto judicial vacante, una primera prueba a modo de filtro de carácter general para todos los candidatos que se presenten, una fase ante un panel con varios *commissioners* que entrevistan y valoran a los candidatos y, finalmente, tras la valoración del panel, la propuesta final de recomendación que se traslada a la autoridad de nombramiento.

Esta autoridad solo podrá rechazar la propuesta en aquellos casos en los que haya fundadas dudas de la falta de idoneidad o conveniencia del candidato porque no han sido avalados sus méritos y cualidades. En tales casos, muy excepcionales, la JAC deberán volver a reconsiderar si mejora la fundamentación del candidato reprobado o si decide proponer un nuevo candidato. Pero las cifras demuestran que son muy escasos los supuestos en que las autoridades de nombramiento rechacen las propuestas que llegan de la JAC.

4.3. EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA NOMBRAR A LOS JUECES DEL TRIBUNAL SUPREMO

El procedimiento para estos nombramientos judiciales está regulado de manera distinta (CRA section 59(2) a 78(2)). Se crea un panel *ad hoc* compuesto de cuatro miembros: el presidente del Tribunal Supremo, el vicepresidente del Tribunal Supremo, el presidente de la JAC y los presidentes de los órganos equivalentes en Escocia e Irlanda del Norte. No obstante, en caso de empate, la dirección de este pequeño órgano *ad hoc* otorgará voto de calidad a *Lord Chief Justice*. Es llamativo el hecho de que los cuatro miembros decidirán

luego nombrar un quinto miembro para el panel y que este último miembro deberá aquilatar y equilibrar la potencial falta de diversidad o el potencial exceso en favor o en defecto del *background* «judicatura» o «sociedad civil» (*lay member*).

Debemos remarcar que, a pesar de las críticas constantes que se han vertido desde el principio contra la JAC —entre ellas, que es un órgano excesivamente procesalista y burocrático—, paradójicamente los procesos para nombrar la *senior judiciary* han sido y son tachados de enormemente informales y, por ello, poco susceptibles de seguimiento, ponderación e incluso control directo.

Era evidente que un cambio tan profundo en el modelo de nombramientos necesitaría tiempo, educación y adaptación para consolidarse.

El nuevo modelo no genera la adhesión de todos, de ahí que se está tramitando en el Parlamento británico la posibilidad de introducir de nuevo mecanismos que, en cierto sentido, atribuyan mayores cotas de poder en manos de *Lord Chancellor* mediante la elaboración de una lista de tres candidatos sobre la que LC tendría la última palabra²⁸.

5. REFLEXIONANDO SOBRE LA JAC

La independencia judicial es una cuestión que ha generado un debate endémico antes y después de las revoluciones liberales, si bien esta densa controversia se ha sustanciado en diferentes escenarios. En el Reino Unido, el modelo *good chap* (anterior a la CRA) funcionó durante muchos años sin ser cuestionado. Sin embargo, la globalidad internacional, la pertenencia británica al proyecto europeo y la aprobación de la *Human Rights Act* de 1998, entre otros factores, pusieron la imagen de independencia frente a un espejo insoportable que devolvía una imagen de quiebra de la separación de poderes.

El nuevo diseño judicial post CRA ha contribuido a generar un debate sobre independencia judicial que huye de la pueril equiparación entre independencia y legitimidad, por tanto, de la exclusiva subordinación al imperio de la ley. Además, la independencia es hoy, en el siglo XXI, un concepto dinámico que se *define, redefine, actualiza y renueva*.

Se trata de un concepto que se construye gracias a la «representatividad» y a la «rendición de cuentas». Esta búsqueda incesante de la legitimidad dinámica será la única vía, en las sociedades actuales, de construir la independencia judicial.

También lo serán los procedimientos para nombrar jueces que reflejen la diversidad y heterogeneidad social, como el que fue establecido por la *Criminal Court Act* de 2013.

Después de más de quince años de vigencia del modelo JAC de acceso al poder judicial, varios aspectos pueden ser destacados:

- i) *La separación entre recomendación y nombramiento*. Los miembros de la JAC desarrollan una tarea de filtro en tiempo real de los potenciales candidatos a través de los diversos *panels* que permiten evaluar a los candidatos mediante pruebas (*short listing, selection day, role play...*) El nombramiento como tal no lo determina la

JAC, de ahí que tal desdoble aumente el éxito del nombramiento final. El hecho de no aceptar o apartarse de la propuesta de la JAC requiere suficiente motivación, como también la potencial confirmación de la JAC del candidato rechazado por la autoridad de nombramiento. Supuesto, este último, poco probable.

- ii) *Se trabaja con claridad, visibilidad y tangibilidad entre el ejecutivo y la JAC.* El *Lord Chancellor* será responsable ante el Parlamento del desarrollo de las actividades de la JAC. Y, bilateralmente, los objetivos, retos y proyectos que asume la JAC y todo su personal técnico y administrativo deben ser conocidos y aprobados por el *Lord Chancellor*.
- iii) *El difícil y a la vez conveniente equilibrio en los múltiples perfiles presentes en los miembros de la JAC.* Se trata de concitar armónica y equilibradamente la membresía de jueces, juristas, personas ajenas al ámbito jurídico. Graham Gee explica que tanto la pluralidad social, los distintos perfiles, la alta formación profesional, la experiencia, la «veteranía», la madurez de los jueces senior, etc. son elementos imprescindibles²⁹.
- iv) *El efecto «rechazo» o sugerencia de «reconsideración» por parte del Lord Chancellor.* La práctica pone de relieve que la mayoría de los nombramientos propuestos por la JAC son aceptados después. Además, no debemos olvidar que todo el proceso posterior se complementa con las pertinentes consultas que llevará a cabo el *Lord Chancellor* a la *senior Judiciary* sobre los candidatos en proceso. En 2010, el *Lord Chancellor* aprobó 686 nombramientos judiciales, 284 para puestos en Courts, dos para el Tribunal Supremo y 686 para puestos en Tribunales. Se aceptaron todas las proposiciones de la JAC menos una, que fue sometida a reconsideración, pero finalmente prosperó. El entonces *Lord Chancellor* (Jack Straw) consideró que las duras críticas del candidato con las políticas del Gobierno en materia económica le convertían en una persona inapropiada para ocupar el cargo de presidente de la familia división de la *High Court*. Un proceso electoral inminente, una vacante de gran jerarquía, una prensa acechante, entre otros elementos, hicieron el resto. La solicitud de reconsideración confirmó de nuevo al candidato³⁰.
- v) *El excesivo peso de la personalidad o figura del Lord Chancellor.* Después de muchos años, sigue siendo un secreto a voces el enorme peso e influencia que la figura del *Lord Chancellor* tiene en el modelo británico de nombramientos. No en vano, empezábamos estas páginas dando cuenta de la última reforma que se está tramitando en Westminster para recuperar, mediante la lista de tres candidatos (propuestos por la JAC) para las diversas vacantes, una parte del poder en cierto modo «perdido». De esta manera, se elegiría de entre los tres propuestos. El justo equilibrio o ponderación adecuada se ha visto siempre contaminado por diversas personalidades públicas: Lord Irvine (que se opuso públicamente a la creación del Tribunal Supremo y a la JAC), al igual que el también crítico Lord Woolf o, en cambio, Michael Grove (defensor a ultranza del Brexit y gran articulador de la reforma constitucional) o Chris Grayling³¹.

- vi) *El difícil equilibrio entre la presencia en los panels de los jueces senior y la voz de los lay members.* Determinar cuál es el rol apropiado que los jueces deben jugar en la selección de otros jueces no es tarea fácil. Se ha definido la capacidad de los jueces de influir en los *panels* de selección de la JAC como *conduct-shaping*. Se acepta y se entiende que, para determinados puestos específicos, que requieren conocimientos y capacitaciones jurídicas de muy alto nivel y se precisa de la voz cualificada de otros jueces senior que sean capaces de identificar y proponer a los candidatos más aptos. No obstante, la influencia del rol judicial en los procesos de selección de largo alcance, *context-shapping*, con efecto más amplio y perseverante ante la opinión pública *largoplazista* puede arrinconar (de manera indeseada) la legitimidad necesaria que también aportan los *lay members*. En definitiva, es un debate abierto que no concita demasiados consensos.
- vii) *El papel de aire fresco que juegan los lay commissioners en los procesos de selección de la JAC.* Esta novedosa herramienta nos pone ante el dato de que el presidente de la JAC durante dos mandatos centrales —renovado, por tanto, en el cargo— ha sido Lord Ajay Kakkar, un prestigioso cirujano ajeno al mundo jurídico. La importancia de este elemento en los nombramientos estriba en la legitimidad añadida que representa. Un órgano de composición heterogénea y plural tiene enfrente a unos justiciables heterogéneos y plurales que demandan unos jueces excelentes, pero a la vez, representativos. De los tres órganos de nombramientos de jueces (NIJAC *Northern Ireland Judicial appointments commission*, JABS *Judicial appointments commission board for Scotland* y la JAC), la judicatura se mostró especialmente contraria a la introducción de miembros ajenos al mundo del Derecho (*lay members commissioners*) en los procesos de selección de jueces en Escocia³².
- viii) *El eterno problema de la apuesta por la diversidad.* Tras la CRA de 2005 y con la publicación de la CCA (Crime and Court Act) de 2013, el debate en torno a la diversidad en la judicatura inglesa se centró en las cifras que analizaban si los porcentajes entre hombres y mujeres, o entre las distintas minorías étnicas (BAME: *black, african minorities ethnics*) tenían cierto reflejo y representación en el poder judicial. Antes de 2005, pero también después y, en gran medida, se nutrió del modelo *oxbridge* (hombres blancos formados en Oxford y en Cambridge, de clases sociales conservadoras y favorecidas), un poder judicial que Lady Hale describió como de otro planeta³³. Hoy, los logros en materia de diversidad no son muy significativos. Además, se debate y reflexiona no solo sobre cifras y porcentajes, sino también sobre códigos éticos, valores y posicionamientos personales, que son los que realmente construyen en la sociedad de nuestros días, la «diversidad».

6. ÚLTIMAS IDEAS DENTRO DE UN LARGO PROCESO: «... KEEPING ON PAVING THE WAY»

Si recuperamos el punto inicial del que hemos partido, cualquier modelo de nombramientos judiciales debe aspirar a designar a los mejores jueces. A tal efecto, debe diseñarse un procedimiento eficiente, independiente, legítimo y que nombre a los jueces sin olvidar el enorme y creciente poder que hoy en día tienen y ejercen ni el hecho de que los nombrados deben ser «representativos» de la sociedad (los justiciables) a la que sirven y «responsables» (*accountable*) ante ellos en el desempeño de sus funciones.

El acceso a la función judicial (esto es, el proceso de nombramiento judicial) debe estar en sintonía con la conquista diaria de la *legitimidad dinámica* de los nombramientos.

Cumpliendo y observando el proceso jurídico de los nombramientos, construiremos una judicatura legítima, en la medida en que estará sometida únicamente a la legalidad. En tal sentido, los jueces serán legítimos porque han sido elegidos de acuerdo con la ley.

La legitimidad dinámica es algo más: es el logro progresivo de una judicatura representativa de la sociedad plural y heterogénea y responsable ante una sociedad plural y heterogénea.

De ahí la necesidad de agudizar el ingenio y la creatividad para diseñar procedimientos de selección judicial que construyan y garanticen la legitimidad estática y la legitimidad dinámica de cada uno de nuestros jueces.

Kate Malleson señala que es ya una evidencia que los valores personales de nuestros jueces están presentes en las decisiones judiciales, aun cumpliendo y aplicando las leyes. La cuestión es cómo diseñar procedimientos de selección judicial que manejen esos valores de manera equilibrada, independiente, pública y transparente para nombrar una judicatura excelente, representativa y responsable³⁴.

NOTAS

1. Northern Ireland Act 2002, section 3rd; y Paterson (2006).
2. «[...] we propose means by which the core aspects of the UK systems might be better defined and shielded in future, thereby reducing dependence on the presence of “good chaps” in positions of authority [...]» (Blick y Hennessy, 2019: 18); y Turenne (2022).
3. Originariamente, este órgano judicial estaba formado por jueces senior que, a su vez, eran integrantes del Consejo privado de la reina (*Privy council*). La función que este consejo privado, a través del *Judicial Committee* (compuesto también de todos los jueces de la *Court of Appeal* y los Law Lords) se centraban en los recursos de apelación provenientes de los países de la Commonwealth. Pero estas competencias fueron suprimidas progresivamente y se mantuvieron solo funciones sobre recursos de apelación penales provenientes de países (*Caribbean countries*) en los que la pena de muerte seguía estando en vigor y esta instancia judicial significaba una nueva oportunidad de justicia. Las profundas críticas y discrepancias sobre un asunto jurídico tan relevante, pero con interpretaciones distintas (de manera especial desde

que el Reino Unido firmó el Convenio europeo de Derechos Humanos, luego plasmado en la HRA de 1998), se resolvieron en cierto modo y de manera no premeditada con la creación de la Corte de Justicia para tales países en 2005 (*Caribbean Court Justice*). Disponible en: <<http://www.privycouncil.org.uk/judicial-committee/>>.

4. Disponible en: <<https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/+http://www.tribunals-review.org.uk/leggatthtm/leg-00.htm>>.
5. Department for Constitutional Affairs Jury research and impropriety, Consultation paper on jury research (January 2005). Disponible en: <http://www.dca.gov.uk/consult/juryresearch/juryresearch_cp0405.htm>; y Matthews, Hancock y Briggs (2004).
6. The Secret Barrister (2018); The Secret Barrister (2022).
7. «In 2020, magistrates' courts in England and Wales received 1.13 million cases and disposed of 1.04 million.⁴ Of the cases received, 74 % were for summary offences or breaches, which can be resolved in a magistrates' court without the need for a trial. Most of the remaining cases (258.000 or 23 %) were triable-either-way, meaning they could proceed to trial at the Crown court. Around 3% (29.000) were initial hearings for indictable offences which can only be resolved by trial at the Crown court. In the same year, Crown courts received 97.000 cases and disposed of 78.000. Two thirds (65%) of cases received were trials, 30 % were cases sent from the magistrates' court for sentencing, and 5% were cases of appeals against decisions in the magistrates' court». Disponible en: <<https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-8372/>>.
8. Hale (2021: 219 ss.).
9. «Our constitution, unlike that of, for example, the United States, is not built on the principle that the legislative, the executive and the judicial should be separate and equal [...]» (Mackay, 1991: 257 ss.); «There are, however, several potential weaknesses with the model. First, it assumes that a single court is fit to determine both ordinary civil and criminal appeals and also constitutional questions. Secondly, a supreme court would arguably be a “centralising” institution at a time when the process of devolution in the UK suggests a different approach is desirable. There is also no need for symmetrical treatment of the three legal systems (asymmetry is a feature of the 1998 devolution settlement)» (Le Sueur y Cones, 2001: 78 ss.).
10. Disponible en: <<https://www.gov.uk/government/publications/judicial-salaries-and-fees-2021-to-2022>>.
11. Hyde (2022); y Woolf (2001).
12. Mackay (1991).
13. Resolution 1342 (2003), Standing committee, Parliamentary Assembly, Council of Europe: «Office of the Lord Chancellor in the constitutional system of the United Kingdom»
14. Underhill (1978); y Schuster (1949).
15. Woodhouse (2007).
16. Fernández Riveira (2019).
17. Heuston (1987).
18. HL Constitution committee, «Memorandum by Lord Irvine of Lairg», The Cabinet office and the Centre of government (2009), 30; y Gee, Hazell, Malleon y O'Brien (2015: 38 ss.).

19. Charles Clarke (Home Secretary) issued an invitation in 2005 to the Law Lords to discuss detention powers under the terrorism legislation after their decision in the Belmarsh case. [...] Lord Bingham refused saying that they should not discuss with anyone, least of all a minister, a question that may compromise them if the same question should come before them judicially. Charles Clarke publicly expressed his frustration at this stance, which he felt placed a misguided understanding of the principle of judicial independence above the need for judges and politicians to work together to create fair and enforceable anti-terrorism legislation.

20. Discurso de *Lord Chief Justice* 2022, Lord Burnett of Maldom, 30 mayo 2022: «Institutional independence and accountability of the judiciary»; y Woolf (2004).

21. Disponible en: <Chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0196-judgment.pdf>.

22. También en España, cuando se escriben estas páginas, la ministra española de igualdad expresa cierta crítica hacia la judicatura española como consecuencia de la aplicación de una reforma legal de reciente incorporación al ordenamiento jurídico, conocida como ley del «solo sí es sí», Ley orgánica 10/2022, 6 de septiembre (BOE 215, 7 de septiembre de 2022); *El País*, 16 noviembre 2022, «Irene Montero acusa a los jueces de “machismo” y de incumplir la ley del solo sí es sí por rebajar penas». Una relación ejecutivo-judicial también compleja y con maneras de tratamiento distintas.

23. Gee (2010); y Gee (2012).

24. Turenne (2022).

25. *The future of Legal Service: putting the consumer First* (2005), Department for constitutional Affairs. Disponible en: <http://www.dca.gov.uk/legalsys/-folwp.pdf>.

26. « [...] the danger of economic and social elitism at the Bar is particularly worrying in view of the fact that the upper ranks of the judiciary are still almost exclusively drawn from the Bar [...]» (Malleon y Moules, 2010: 193).

27. Fernández Riveira (2019).

28. Lord Reed (2022), Constitution committee, House of Lords, 6 April 2022. Disponible en: <Chromextension://efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/https://committees.parliament.uk/oralevidence/10084/pdf>.

29. Gee (2017).

30. Gee, Hazell, Malleon y O'Brien (2015: 185 ss.).

31. Woodhouse (2001: 131 ss.); y Underhill (1978).

32. Disponible en: <chrome extension://efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/https://www.judicialappointments.scot/sites/default/files/Annual%20Report%202020-21_0.pdf>.

33. *The Guardian*, 1st January 2019, «White and male UK JUDICIARY “from another planet”, says Lady Hale». Disponible en: <https://www.theguardian.com/law/2019/jan/01/lady-hale-supreme-court-president-judges-diversity>.

34. «If we accept the emerging empirical evidence that values can affect judicial decisions and that this form of bias does not per se threaten judicial impartiality, then the question arises as to what type of values we want to see prioritised by Supreme Court Justices. In particular, how homogeneous or heterogeneous should the Court be in terms of the values the Justices prioritise?» (Malleon, 2022).

BIBLIOGRAFÍA

- BLICK, Andrew y Peter HENNESSY (2019): «Good Chaps No More? Safeguarding the Constitution in Stressful Times» [en línea] <<https://consoc.org.uk/wp-content/uploads/2019/11/FINAL-Blick-Hennessy-Good-Chaps-No-More.pdf>>. [Consulta: 24/04/2023.]
- FERNÁNDEZ RIVEIRA, Rosa María (2019): «El modelo británico de nombramientos judiciales: “Judicial independence in law”», *Teoría Y Realidad Constitucional*, 44, 453-482.
- GEE, Graham (2010): «The Politics of Judicial Appointments in Canada», en J. Jowell *et al.*, *Judicial Appointments: Balancing Independence, Accountability and Legitimacy*, Londres: JAC, 99-114.
- (2012): «The Persistent Politics of Judicial Selection: A Comparative Analysis», en A. Seibert-Fohr (ed.), *Judicial Independence in Transition*, Nueva York: Springer, 121-145.
 - (2017): «Judging the JAC: How Much Judicial Influence Over Judicial Appointments Is Too Much?», en G. Gee y E. Rackley (eds.), *Debating Judicial Appointments in an Age of Diversity*, Londres: Routledge, 152-182.
- GEE, Graham, Robert HAZELL, Kate MALLESON y Patrick O’BRIEN (2015): *The Politics of Judicial Independence in the UK’s Changing Constitution*, Cambridge: Cambridge University Press.
- HALE, Lady (2021): *Spider Woman. A life Lady Hale*, Londres: Penguin Random House.
- HEUSTON, Robert (1987): *Lives of the Lord Chancellors: 1940-1970*, Oxford: Clarendon Press.
- HYDE, John (2022): «Part-time judges are working ‘on the cheap’, tribunal rules» [en línea] <<https://www.lawgazette.co.uk/news/part-time-judges-are-working-on-the-cheap-tribunal-rules/5111047.article>>. [Consulta: 24/04/2023.]
- LE SUEUR, Andrew y Richard CORNES (2001): *The Future of the United Kingdom’s Highest Courts*, Londres: University College London.
- MACKAY, Lord (1991): «The Lord Chancellor in the 1990s», *Current Legal Problems*, 44(1), 241-259.
- MALLESON, Kate (2022): «Values diversity in the United Kingdom Supreme Court: abandoning the ‘don’t-ask-don’t-tell’ policy», *Journal of Law and Society*, 49(1), 3-22.
- MALLESON, Kate y Richard MOULES (2010): *The Legal System*, Oxford: OUP.
- MATTHEWS, Roger, Lynn HANCOCK y Daniel BRIGGS (2004): «Jurors’ perceptions, understanding, confidence and satisfaction in the jury system: a study in six courts» [en línea] <<https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20110218141448/http://rds.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs2/rdsolr0504.pdf>>. [Consulta: 24/04/2023.]
- PATERSON, Alan (2006): «The Scottish Judicial Appointments Board: New Wine in Old Bottles?», en K. Maleson y P.H. Russell (eds.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from around the World*, Toronto: University of Toronto Press, 13-38.
- SCHUSTER, Lord (1949): «The Office of the Lord Chancellor», *The Cambridge Law Journal*, 10 (2), 175-190.
- THE SECRET BARRISTER (2018): *The secret Barrister. Stories of the Law and how it’s broken*, Londres: Pan Macmillan.
- (2022): *Nothing like the truth. Stories of crime, guilt and loss of innocence*, Londres: Pan Macmillan.
- TURENNE, Sophie (2022): «The “Good chap” and a “new type of judge”: the UK constitution under stress», *Teoría y Realidad Constitucional*, 50, 613-628.
- UNDERHILL, Nicholas (1978): *The Lord Chancellor*, Lavenham: T. Dalton.
- WOODHOUSE, Diana (2001): *The Office of Lord Chancellor*, Oxford: Hart Publishing.
- (2007): «The Constitutional Reform Act 2005 — defending judicial independence the English way», *International Journal of Constitutional Law*, 5(1), 153-165.
- WOOLF, Lord (2001): «The needs of a 21st century Judge, address to the Judicial Studies Board» [en línea] <http://www.jsboard.co.uk/downloads/annual_lecture_2001.pdf>.

- (2004): «The Rule of Law and a Change in the Constitution», *The Cambridge Law Journal*, 63(2), 317-33.

Fecha de recepción: 1 de febrero de 2023.

Fecha de aceptación: 21 de abril de 2023.

ESTUDIOS

Derechos de las personas mayores y discriminación en las residencias geriátricas durante la pandemia de COVID-19

Fernando Flores

Algunos problemas conceptuales y epistemológicos de la definición del consentimiento sexual en la llamada Ley de «solo sí es sí»

José Antonio Ramos Vázquez

La participación en el proceso penal de la víctima menor de edad. El ejercicio de la dispensa de la obligación de declarar

Jesús Bonilla

Repensando el delito de falsificación documental a la luz del principio de *ne bis in idem*.

Pablo Hernández-Romo Valencia

DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES Y DISCRIMINACIÓN EN LAS
RESIDENCIAS GERIÁTRICAS DURANTE LA PANDEMIA DE COVID-19
*OLDER PEOPLE'S RIGHTS AND DISCRIMINATION IN CARE
HOMES DURING THE COVID-19 PANDEMIC*

Fernando Flores Giménez

*Profesor Titular de Derecho constitucional
Universitat de València*

RESUMEN

Como en muchos otros países, la crisis sanitaria que irrumpió a principios de 2020 provocó en España miles de muertes entre las personas mayores. Muchas de ellas tuvieron lugar en residencias geriátricas. Numerosos estudios e informes han consignado una serie de acciones y omisiones que podrían haber contribuido, cuando no provocado directamente, la grave vulneración de derechos fundamentales de los ancianos residentes. El derecho a la vida, el no sometimiento a tratos inhumanos o degradantes, la libertad de circulación, el derecho a la intimidad personal y familiar, el trato igual con el resto de la ciudadanía, y otros derechos que, si bien no pueden ser considerados fundamentales desde la perspectiva jurídico-constitucional, sí lo son por configuración legal, entre ellos el derecho a la salud o aquellos derivados de la Ley de Dependencia. Con apoyo en los informes del Defensor del Pueblo y de la Fiscalía, así como en investigaciones realizadas por organizaciones civiles y periodistas de investigación, este artículo aborda las discriminaciones y abusos más relevantes que durante la crisis sanitaria se han producido en la debida provisión de cuidados a las personas mayores en las residencias.

PALABRAS CLAVE

COVID-19, derechos fundamentales, residencias.

ABSTRACT

As in many other countries, the health crisis that erupted in the early 2020s led to thousands of deaths among the elderly in Spain. Many of them took place in nursing homes. Numerous studies and reports have recorded a series of actions and omissions that may have contributed to, if not directly caused, the serious violation of fundamental rights of elderly residents. The right to life, freedom from degrading treatment, freedom of movement, the right to personal and family privacy, equal treatment, and other rights which, although they cannot be considered fundamental from a legal-constitutional perspective, were considered so by legal configuration, among them the right to health or those derived from the Dependency Law. With the support of the reports of the Ombudsman and the Public Prosecutor's Office, this article addresses the most relevant discrimination and abuses that have occurred during the health crisis in the provision of care for the elderly in nursing homes.

KEY WORDS

COVID-19, fundamental rights, nursing homes.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2023.072>

DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES Y DISCRIMINACIÓN EN LAS RESIDENCIAS GERIÁTRICAS DURANTE LA PANDEMIA DE COVID-19

Fernando Flores Giménez

Profesor Titular de Derecho constitucional
Universitat de València

Sumario: 1. Personas mayores y residencias durante la pandemia de COVID-19: vulneración de derechos o fuerza mayor. 2. Los hechos y los datos. 3. Los factores y las causas. 4. La discriminación de las personas mayores residentes en el marco de la pandemia. 4.1. El criterio de la edad y la dependencia como base para establecer prioridades en la atención sanitaria. 4.2. Decisiones ejecutivas limitadoras de derechos relacionados con los cuidados y vinculadas a la decisión del confinamiento nacional. 5. El derecho a la verdad y la tutela judicial de las víctimas. 5.1. Una investigación rigurosa de los hechos. 5.2. La tutela judicial de las víctimas. 6. Conclusión: son necesarias nuevas normas jurídicas, políticas públicas con enfoque de derechos y un cambio social, cultural y político profundo. Bibliografía.

1. PERSONAS MAYORES Y RESIDENCIAS DURANTE LA PANDEMIA DE COVID-19: VULNERACIÓN DE DERECHOS O CAUSA MAYOR

Han pasado dos años y medio desde que la crisis sanitaria asoló las residencias geriátricas en España provocando miles de muertes entre las personas mayores. Numerosos estudios e informes elaborados por instancias especializadas de la Administración y la sociedad

civil, que desde los primeros meses hicieron un seguimiento del modo en que estos centros abordaron la situación (Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, 2020; Amnistía, 2020; HelpAge, 2021), han denunciado una serie de decisiones, acciones y omisiones que habrían contribuido a —cuando no provocado directamente— la vulneración de derechos fundamentales de los ancianos residentes —la vida, el no sometimiento a tratos inhumanos o degradantes, la libre circulación, la intimidad personal y familiar, el trato igual con el resto de la ciudadanía— y de otros derechos que, si bien no pueden ser considerados fundamentales desde la perspectiva jurídico-constitucional, sí lo son por configuración legal, entre ellos el derecho a la salud o los derivados de la Ley de Dependencia.

Sin embargo, al terminar de redactar este texto —finales de 2022— no existen consecuencias jurídicas por la presunta vulneración de estos derechos. La mayoría de las denuncias se han archivado o directamente no se han admitido a trámite. Amparadas en la excepcionalidad de la pandemia y en respuestas formales de comportamientos intachables de sus gerentes, las residencias han esquivado las acusaciones. Por su parte, la responsabilidad de la Administración, que legalmente tiene la obligación de fiscalizar el buen funcionamiento de aquellas, se ha diluido en la petición de comisiones parlamentarias de investigación que no han visto la luz o en inocuos grupos de trabajo (Sánchez Castrillo, 2021) más útiles para acallar reivindicaciones que para conocer lo que realmente ha sucedido.

De hecho, esta falta de consecuencias lleva a plantear que, en realidad, no hubo decisiones (por acción o por omisión) de las instancias públicas y privadas que impactaron de forma ilícita en los derechos de las personas mayores residentes en los centros de forma generaliza o sistemática. Podría decirse, en esta línea, que, con carácter general, dada la situación de excepcionalidad vivida, se actuó dentro del marco que establece el ordenamiento jurídico. Como tantas veces sucede, la carga emotiva y ciertos enfoques informativos de lo sucedido habrían provocado en algunos sectores la «ilusión óptica» de creer que los imprevisibles y trágicos designios de la naturaleza enmarcados en unas estructuras residenciales lamentablemente no preparadas para la situación excepcional que se vivió eran vulneraciones de derechos. La otra opción es que, más allá del desbordamiento de la capacidad asistencial de las residencias, sí hubo decisiones ilícitas, sí se vulneraron de forma sistemática (y quizás sistémica) los derechos de miles de personas mayores, pero, por diversas circunstancias, las instituciones competentes, los instrumentos jurídicos, las garantías de protección de los derechos existentes se han mostrado inoperantes para reclamar de forma eficaz la exigibilidad de aquellos y las reparaciones consecuentes.

Este artículo se pregunta sobre esta disyuntiva: o bien que muchos residentes en centros para mayores vieron coartados ilegalmente sus derechos durante la pandemia, o bien que, dada la situación de emergencia, no fue tal el caso. A tal efecto, se expondrán los factores que determinaron el contexto de la crisis en los centros, las medidas adoptadas —por los poderes públicos y por las empresas que gestionan las residencias— que pudieron impactar en los derechos de los residentes y se comprobará si encajan en su capacidad de limitar los derechos de las personas a la vista de la finalidad, la cobertura legal, la necesidad y el juicio de proporcionalidad. La conclusión de este trabajo es que los derechos de las personas

mayores internas en residencias fueron restringidos, en muchos casos de forma discriminatoria y desproporcionada, es decir, de forma ilegal.

Como ha sido señalado ya por algunos autores, para las personas mayores la pandemia ha funcionado como una puerta hacia la visibilidad, como catalizador de la atención pública y, en realidad, como una evidencia del edadismo de nuestra sociedad (Ribera, 2020). Y ha puesto de manifiesto sin medias tintas el grado de vulnerabilidad de las personas de edad avanzada y la desatención de la sociedad (y del Derecho, en lo que aquí interesa) al mundo de los cuidados a ellas debidos al menos desde la perspectiva moral y, al parecer no tan claramente (se ha descubierto), jurídica (Flores, 2022).

2. LOS DATOS Y LOS HECHOS

Antes de abordar este punto, debe consignarse que existe una carencia crónica de datos fiables cuando estos se refieren a las personas mayores. La experta independiente de Naciones Unidas ha llamado reiteradamente la atención sobre ello, advirtiendo que «[...] la exclusión de las personas de edad de las encuestas y los censos nacionales afecta a la capacidad de comprender la medida en que son capaces de participar en la sociedad y disfrutar de sus derechos en pie de igualdad con los demás. Debido a la falta de unos datos y estadísticas representativos, las desigualdades a las que se enfrentan las personas de edad suelen permanecer invisibles» (Naciones Unidas, 2020a).

Otros informes dirigidos específicamente a obtener información sobre centros residenciales de ancianos han llegado conclusiones similares, advirtiendo que la transparencia requerida «[...] no se limita a la visión minimalista de hacer público el número de plazas (ocupadas y disponibles) de estos centros, sino que abarca medidas de mayor calado en las políticas de atención de mayores [...]» (Pérez-Durán, 2020).

Y si se hace referencia a la búsqueda de información —datos objetivos— sobre lo sucedido en las residencias durante la pandemia, puede observarse la dificultad para obtenerla tanto por parte quienes elaboraron informes relevantes (Grupo de Trabajo Multidisciplinar —GTM—, 2020: 9), como por parte de los medios de comunicación, algunos de los cuales han tenido que activar los procedimientos legales administrativos ante los consejos de transparencia o ante los defensores autonómicos e incluso reclamar —y lograr— el acceso a los mismos en los tribunales (Rico, 2022).

Los datos más generales y relevantes sobre el envejecimiento y las personas mayores en España y Europa pueden consultarse en diversos documentos (por ejemplo, Eurostat, 2021), así que la información que sigue se ceñirá a los servicios sociales integrados en las comunidades autónomas dirigidos a las personas mayores.

Estos servicios pueden clasificarse en cuatro grandes categorías:

- atención domiciliaria (es el que cuenta con un número más elevado de personas usuarias —942.446 personas—, el 10,41 % de las personas mayores);

- ayuda a domicilio, que da respuesta a las necesidades básicas de la vida diaria de las personas mayores en su casa (atiende al 5 % de las personas de 65 y más años, de las cuales el 69 % supera los 80 años);
- servicios de atención diurna orientados a la atención psicosocial de personas mayores en situación de dependencia (a 31 de diciembre de 2018, atendía al 1,1 % de las personas mayores en 96.500 plazas distribuidas en 3.603 centros); y
- servicios de atención residencial, que alojan y mantienen a los mayores de forma permanente o temporal (el 4,32 % de la población mayor de 65 años hace uso de ellos; al comenzar la pandemia, en España había 4,2 plazas de residencia por cada 100 personas mayores, rondando en total 381.158 plazas) (CESIC, 2021; y Marbán *et al.*, 2021).

Este artículo se centrará en lo sucedido durante la pandemia en los servicios de atención residencial.

La titularidad y la gestión de estos centros se distribuye del siguiente modo: la titularidad pública de centros regionales y municipales representa en torno al 30 % del total de residencias en España, mientras que los centros privados acreditados (mercantiles y sin fin de lucro) subvencionados por el sector público suponen alrededor del 70 % de las residencias. En abril de 2019, en España había 372.985 plazas en los 5417 centros residenciales. El 72,8 % eran de titularidad privada (271.579), incluidas las privadas sin ánimo de lucro (49.832). El resto eran plazas residenciales de titularidad pública (101.406), que incluyen públicas locales, provinciales, autonómicas y estatales, clasificadas de esta forma según la Administración pública responsable. Ahora bien, el 84,8 % de todas estas plazas residenciales está gestionado por empresas privadas, pequeñas o grandes empresas de servicios, asociadas o independientes de la propiedad/titularidad que prestan servicios a la Administración pública tras concurso, o entidades y organizaciones sin ánimo de lucro. Y un dato más: en los últimos años la gestión privada sin fines de lucro está siendo desplazada de manera creciente por el sector mercantil, en el que predomina el capital de fondos de riesgo (Abellán y Aceituno, 2020 y Marbán *et al.*, 2021: 162).

Además de regirse por la legislación de servicios sociales de su propia comunidad autónoma, es importante subrayar que, salvo excepciones, los centros residenciales no son centros medicalizados, por lo que desde ellos las personas mayores acceden (o debieran acceder) al Sistema Nacional de Salud en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos.

En este escenario —los factores más relevantes que lo acompañan se verán enseguida— se presenta y estalla la pandemia, dando lugar a una crisis humanitaria y de cuidados sin precedentes en las residencias, reflejada en los datos que siguen. Aparte de la necesidad urgente de mejorar la recopilación de datos cuando afectan a las personas mayores, la heterogeneidad de las fuentes de información a nivel territorial y el hecho de que en las primeras fases de la pandemia no pudieron realizarse pruebas diagnósticas masivas dificultaron la determinación de esos datos. Después de la segunda ola (hasta finales de 2020), en todo el mundo se habían contagiado más de 45 millones de personas, de las cuales 1,2

millones perdieron la vida; en España, la cifra exacta de contagiados y fallecidos por la pandemia de COVID-19 se desconoce, pero se estima que las personas contagiadas rondaron el millón y medio y las fallecidas fueron alrededor de 50.000. En octubre de 2022 el número de fallecidos en nuestro país sobrepasaba los 114.000 (Ministerio de Sanidad, 2022).

Los datos oficiales indican que durante la primera ola murieron en España más de 20.000 personas que vivían en residencias. La cifra real, que puede deducirse a partir de las estadísticas sobre exceso de fallecimientos, supera ampliamente los 30.000. En el Informe del GTM (para el Ministerio de Ciencia e Innovación) sobre el impacto de la COVID-19 en las personas mayores, con especial énfasis en las que viven en residencias se consigna (a finales de mayo de 2020) el número de 237.906 infectados por COVID-19 en España y 27.119 fallecidos por esta enfermedad. Las personas mayores de 70 años representan un 37 % de los infectados, un 48 % de todas las personas hospitalizadas, un 33 % de las atendidas en UCI y un 86 % de los fallecidos. Los fallecidos en residencias geriátricas habrían sido 19.194 (incluyendo tanto las personas con diagnóstico confirmado como las que fueron identificadas por síntomas sospechosos), lo que representaría un 70 % de los fallecidos en España (GTM, 2020: 9).

Según un informe del Comité Europeo de las Regiones, entre las diez regiones europeas con mayor exceso de mortalidad en 2020 figuran (junto a las del norte de Italia) cuatro españolas, con Madrid a la cabeza (un 44 % de exceso de mortalidad), seguida por Castilla-La Mancha (+34 %), Castilla y León (+29 %) y Cataluña (+27 %) (European Committee of the Regions, 2021).

Los datos de la pandemia y su impacto han ido actualizándose, y los hechos y decisiones sucedidos en y en torno a las residencias todavía se están discutiendo en algunos casos, aunque hay informes como el del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 (2020: 11 ss.) que los describen con rigor. Lo cierto es que desde el inicio de la pandemia se sabía que las personas mayores de 70 años, en especial las que vivían en centros residenciales, tenían un riesgo muy elevado de morir en caso de infección generalizada. Como señala Zunzunegui (2022: 3), «[...] el objetivo sanitario debería haber sido proteger la vida de las personas mayores y evitar a toda costa que el virus entrara en las residencias. En Europa y en Norteamérica no se consiguió este objetivo, quizás simplemente porque las autoridades sanitarias no lo priorizaron. En la escena internacional, la mortalidad por COVID-19 en los centros residenciales de personas mayores durante los primeros meses varió entre el 24 % y el 82 %, lo que puede indicar diferencias en la calidad de los servicios residenciales y en la gestión de la pandemia». Así, un informe de la Fundació Rafael Campalans (León, 2022) compara lo sucedido en las residencias de Alemania y Dinamarca en las de España, Inglaterra e Italia, advirtiendo grandes diferencias: «Mientras que en Dinamarca y Alemania fueron capaces de ofrecer una respuesta coordinada, en España, Inglaterra e Italia la intervención en residencias estuvo sistemáticamente retardada en comparación con la actuación en hospitales», pues en estos tres países no existió un protocolo de prevención antes de la aprobación del estado de alarma, como sí lo hubo en los hospitales.

3. LOS FACTORES Y LAS CAUSAS

El impacto desproporcionadamente grave de la pandemia en las personas internadas en residencias (espacios cerrados en el que personas de edad avanzada tienen un alto grado de contacto social) se debe a causas y factores diversos, de distinta naturaleza, algunos estructurales (y, aunque esperables, imposibles de cambiar en poco tiempo), y otros coyunturales (sobre los que había una parcial, o incluso total, capacidad de decisión). Por eso, no puede valorarse del mismo modo —al menos desde la perspectiva de la responsabilidad jurídica y la vulneración de derechos— la falta generalizada de adecuación de los centros residenciales para hacer frente a una crisis sanitaria como la sufrida (con el desbordamiento consecuente) y las decisiones concretas por parte de algunos gobiernos autonómicos de llevar a cabo un «triaje adverso» de personas mayores, bloqueando su acceso al sistema hospitalario.

Los factores estructurales «[...] se han manifestado en toda su dimensión y constituyen gran parte de la explicación de la crisis del sector residencial en la primavera de 2020» (Marbán *et al.*, 2021: 162). En primero de ellos fue el factor demográfico, la concentración en esos espacios cerrados de «vidas prolongadas» con un alto grado de morbilidad. Casi el 80 % de las personas que viven en residencias superan los 80 años, un *sobreenvejecimiento* que, junto a la alta ocupación (un 86 % del total de plazas existentes en las residencias estarían ocupadas), las convierte en espacios altamente vulnerables, sobre todo ante situaciones de crisis sanitaria (Abellán, 2020a) y especialmente por el hecho de que esas residencias sean mayoritariamente de gran tamaño (el 50 % de las plazas se concentra en centros con más de 100 residentes y el 29 % en centros entre 50 y 100 residentes) y con ratios de trabajadores muy reducidas. Como indica el Defensor del Pueblo (2020), el alto nivel de ocupación se debe en parte a la insuficiencia de plazas públicas y concertadas de atención residencial, y la precariedad del sistema trae causa de la mercantilización del modelo y de los recortes crónicos acentuados a partir de la crisis económica de 2008.

En segundo lugar se encuentran los factores vinculados a la regulación y gestión de las residencias. Además de basarse en un modelo centrado en aspectos de eficiencia y de organización que dejan en segundo término las preferencias y deseos de los residentes, el Defensor del Pueblo (2020) ha señalado la falta de un mínimo sistema de control sobre la calidad de los centros. Así, este ha insistido en la necesidad de que las comunidades autónomas creen o incrementen los servicios de inspección, con personal correctamente formado, para que puedan llevar a cabo su función de vigilancia de forma eficaz, y para que los centros mantengan los requisitos normativos exigidos para su correcto funcionamiento y unos niveles adecuados de calidad en la prestación del servicio de atención residencial de mayores (HelpAge, 2021). La falta de inspecciones ha supuesto la ausencia de una supervisión adecuada de la calidad asistencial, déficit que ha agravado la situación de aquellas personas mayores que presentaban carencias nutricionales cuando ha llegado la pandemia (Marbán *et al.*, 2021). A ello debe añadirse el hecho de que la mayor parte de los centros residenciales carecen de atención sanitaria, médica y de enfermería.

Por último, es preciso hacer referencia a las condiciones de empleo en las residencias. En mayo de este año, el Colegio de Enfermería de València alertaba de «[...] la falta de personal para las residencias de mayores “por las pésimas condiciones laborales”» (Bonillo, 2022). Se trata de una más de las llamadas de atención sobre el problema. El Defensor del Pueblo (2020) ha consignado en sus informes que no existe un número suficiente de personal en los centros residenciales, hecho que afecta directamente a la calidad de los cuidados, y ha propuesto, en consecuencia, una profunda revisión al alza de las ratios de personal de atención directa, pues han quedado manifiestamente desfasadas. Además, ha reclamado una mejora de la cualificación del personal que presta sus servicios en el sistema residencial. La falta de personal interfiere directamente en la calidad asistencial de los cuidados, dado que «[...] si no hay personal no hay cuidados, si no hay cuidados no hay calidad, y estos cuidados son esenciales para la calidad de vida, pero en muchas ocasiones solo para poder subsistir» (Salado, 2022). Lo cierto es que esa falta de personal se explica en buena medida por «las pésimas condiciones laborales», reflejadas tanto en los tipos de contratos como en las retribuciones salariales. Solo un dato: el 80 % de los empleos de los centros residenciales están encuadrados en las categorías profesionales más bajas —auxiliares administrativos, oficiales, subalternos y peones y asimilados— (Marbán *et al.*, 2021:163).

A la escasa disponibilidad de recursos humanos y la progresiva mercantilización, factores de carácter crecientemente estructural, se añadieron otros factores coyunturales. Estos son aquellos que, de una u otra forma, fueron objeto de algún tipo de decisión por parte de los responsables de la Administración y de los propios centros. Con carácter general, y como señala León (2022) la decisión de «identificar a las residencias como espacios prioritarios de actuación» resultaba clave. Dado que no se hizo y que la pandemia fue abordada como una emergencia fundamentalmente sanitaria, priorizando e invirtiendo esfuerzos en los hospitales, «[...] la respuesta fue tardía, lenta, insuficiente e ineficaz y el precio fue una mortalidad que todavía hoy nos cuesta trabajo asimilar (en Alemania y Dinamarca las residencias fueron consideradas prioritarias desde el inicio y su gestión fue mucho más aceptable que las de Inglaterra, Italia y España)».

De hecho, la decisión de priorizar el abastecimiento de los hospitales en detrimento de las residencias determinó la escasez de suministros para realizar las pruebas diagnósticas (este punto es importante, sobre todo a la luz de las informaciones sobre la capacidad de contagio de personas y residentes asintomáticos, así como de la presentación atípica de los síntomas en los mayores), la limitada disponibilidad de material de protección, la falta de asistencia médica en ellas y la trágica decisión, en algunas comunidades autónomas, de no derivar a los hospitales a las personas contagiadas de las residencias.

Esta realidad discriminatoria fue en parte causada por el inaceptable estigma que aqueja las personas que viven en residencias, que a menudo son consideradas socialmente como lugares a los que las personas van a morir (GTM, 2020:14), y es la consecuencia de la suma de un edadismo estructural, organizativo, a un edadismo coyuntural, funcional y concreto. Como señala Ribera (2020: 305), «[...] el problema se magnifica cuando surge un estrés social como el COVID-19. Unos recursos limitados y la lucha por acceder a ellos

facilitan rechazos y conductas poco solidarias. Las personas mayores están en desventaja cuando el planteamiento se establece en términos competitivos [...] quizás es en el tema de las residencias donde se haya expresado mejor que en ningún otro el fenómeno de la discriminación por razón de edad».

4. LA DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES RESIDENTES EN EL MARCO DE LA PANDEMIA

En una declaración publicada a los pocos meses del comienzo de la pandemia, la Mesa Estatal por los Derechos de las Personas Mayores afirmaba que «[...] la atención a las personas mayores durante la crisis ha sido un claro ejemplo de la realidad actual en la que viven, donde su situación, los recursos destinados a su bienestar y su dignidad son obviados de manera cotidiana [...] La pandemia ha puesto en evidencia la crisis en los derechos y en los cuidados, iniciada hace años y que hunde sus raíces en causas más profundas». Para Amnistía Internacional (2020), las conclusiones de su Informe sobre las residencias en pandemia son claras y rotundas: se vulneraron «[...] los derechos a la vida, a la salud, a no ser discriminadas, a la vida privada y familiar, y a no sufrir tratos inhumanos o degradantes, incluyendo el derecho a morir dignamente».

Ciertamente, cuando se trata de analizar los derechos de las personas que viven en centros geriátricos, se parte del hecho de que en la residencia muchos de los ámbitos vitales del residente están dirigidos y programados por la dirección mediante un plan racional al que se somete al interno; y de que incluso la persona mayor que goza de buena salud ve limitada la posibilidad de organizar por su cuenta su vida cotidiana (Rodríguez de Santiago, 2012: 118). Se trata de una realidad que, sin duda, extrema su rigor cuando el contexto en el que se desenvuelve es una crisis sanitaria. Sin embargo, esas limitaciones y ese rigor ni pueden ser absolutos ni pueden tener desposeer de derechos a las personas que viven en las residencias.

Por eso, cuando se ve de forma tan clara el trato desigual y discriminatorio que el colectivo de las personas mayores ha recibido durante la pandemia (y que es una prolongación de ese mismo trato en circunstancias no excepcionales), cuesta aceptar que dicha condición —la edad avanzada— sea considerada por la doctrina y la jurisprudencia como una categoría «débilmente sospechosa» como factor diferenciador expresamente prohibido por el ordenamiento jurídico. Pues de la realidad vivida, y de sus antecedentes, se deduce que debería ser lo contrario.

Como destaca Giménez Gluck (2022), el rasgo edad se ha consolidado en la legislación española con la aprobación de la Ley 155/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. La Ley, además de incluir, de manera general, la no discriminación por razón de edad en el ámbito subjetivo de la misma, reconoce, entre otros, el derecho de las víctimas de discriminación por razón de edad a información y asesoramiento, y el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la atención sanitaria.

Además, obliga al fiscal contra los delitos de odio y discriminación a practicar diligencias en procesos penales de especial trascendencia apreciada por la Fiscalía General del Estado cuando la víctima pertenezca a un grupo determinado por la edad. «No queda ninguna duda —concluye Giménez Gluck— sobre la intención del constituyente y del legislador europeo y nacional de considerar el rasgo edad como uno de los que pueden dar lugar a una cláusula específica de no discriminación. Sin embargo, este reconocimiento, que en teoría debería suponer juicio estricto de las diferenciaciones normativas basadas en la edad, no ha derivado en un nivel de exigencia constitucional parangonable al que tienen las diferenciaciones basadas en otro tipo de rasgos». Esta falta de consideración —del Tribunal Constitucional y de la sociedad en general— explica la «naturalidad» con la que se han adoptado decisiones discriminatorias para las personas mayores.

4.1. ADOPTAR EL CRITERIO DE LA EDAD Y LA DEPENDENCIA COMO BASE PARA ESTABLECER PRIORIDADES EN LA ATENCIÓN SANITARIA HA SIDO DISCRIMINATORIO

El Tribunal Constitucional español estableció en 1991 (STC 69/1991) que la edad es una «circunstancia personal» de las recogidas en el artículo 14 CE y que, como tal, no puede ser la razón de ningún tipo de discriminación. Más recientemente, el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE ha incorporado esta circunstancia de manera expresa como excluyente de diferente trato, y el TJUE ha declarado el principio de no discriminación por razón de edad como principio general de Derecho comunitario (asunto *Mangold c. Helm*, de 22 de noviembre de 2005).

Por su parte, la Ley 33/2011, General de Salud Pública, prevé que todas las personas tienen derecho a que las actuaciones de salud pública se realicen en condiciones de igualdad, sin que pueda producirse discriminación por razón de edad... Dicho de otro modo, que las posibles diferenciaciones solo pueden ser las que se deriven del propio proceso de tratamiento o de limitaciones de carácter objetivo.

Y ya en el marco de la crisis sanitaria, el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, establece en el segundo párrafo de su art. 4.3: «Los actos, disposiciones y medidas [...] deberán prestar atención a las personas vulnerables. Para ello, no será precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno». Como señala Presno (2022), entre esas personas vulnerables se encontraban, sin duda, las personas mayores con determinadas patologías previas, sobre las que la incidencia del virus se demostró enseguida especialmente agresiva (*vid.* HelpAge, 2022: 120).

Con posterioridad a la crisis sanitaria, la Ley 15/2022, de Igualdad, ha reconocido expresamente (art. 15) el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la atención sanitaria, estableciendo que las administraciones sanitarias, en el ámbito de sus competencias, garantizarán la ausencia de cualquier forma de discriminación en el acceso a los servicios y en las prestaciones sanitarias por razón, entre otras causas, de la edad, añadiendo en

su inciso 2) la siguiente previsión: «Nadie podrá ser excluido de un tratamiento sanitario o protocolo de actuación sanitaria por la concurrencia de una discapacidad [...] por la edad [...] salvo que razones médicas debidamente acreditadas así lo justifiquen».

A pesar del carácter claramente antidiscriminatorio y proactivo de toda esta normativa, la pandemia ha supuesto un grave cuestionamiento de los principios de dignidad y de igualdad material en la base del principio del cuidado, la garantía del derecho a la salud. Este cuestionamiento se habría materializado en la decisión protocolizada por parte de algunos gobiernos autonómicos (especialmente, los de Madrid y Cataluña) de no derivar a los hospitales a personas mayores o en diferentes situaciones de discapacidad contagiadas en las residencias. Atendiendo al caso más grave, concretamente, entre el 25 y el 30 de marzo fallecieron 1364 residentes en Madrid, de los que solo el 13 % había sido trasladado previamente a un hospital. Un porcentaje indeterminado de los que murieron sin asistencia sanitaria fue víctima de una serie de protocolos aprobados por el gobierno autonómico de esa comunidad en los que se restringía al máximo la posibilidad de trasladar enfermos desde los geriátricos a los hospitales. Entre los criterios utilizados para decidir quién podía ir al hospital y quién era obligado a permanecer en la residencia figuraban los que medían el nivel de dependencia o la discapacidad intelectual del mayor (en profundidad, Rico, 2020; y Dalli, 2022).

En aplicación del criterio del valor social de las personas —prejuicio capacitista, que gradúa la consideración hacia la persona en función de las capacidades que posea en cada momento—, se determinó que las personas de cierta edad y con discapacidades quedaban automáticamente excluidas de la asistencia (De Montalvo y Bellver, 2020: 319). Y mediante resoluciones que no cumplirían el mínimo nivel de jerarquía normativa exigible para determinar la limitación de derechos fundamentales, se les excluyó de la titularidad del derecho a la salud reconocido en la Constitución y en las leyes (HelpAge, 2021: 119-120).

Esta práctica discriminatoria habría seguido el criterio de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias, que en su documento «Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia COVID-19 en las unidades de cuidados intensivos» establecía criterios como este: «En personas mayores se debe tener en cuenta la supervivencia libre de discapacidad por encima de la supervivencia aislada», con lo que «[...] cualquier paciente con deterioro cognitivo, por demencia u otras enfermedades degenerativas, no serían subsidiarios de ventilación mecánica invasiva». Pero habría dado la espalda al ordenamiento jurídico —constitucional, legal, reglamentario, convencional— citado más arriba, a las (entre otras) Recomendaciones de la Sociedad Española de Geriatria y Gerontología (SEGG) sobre decisiones éticas e ingreso en UCI en situación de crisis COVID-19, y a un doble compromiso del Ministerio de Sanidad: por una parte que «[...] las medidas que se adopten estarán presididas por los principios de equidad, no discriminación, solidaridad, justicia, proporcionalidad y transparencia, entre otros»; y por otra, que si la escasez de recursos, temporal o duradera, exigiera el establecimiento de criterios de priorización de acceso a los mismos, ello se haría con base en criterios objetivos, generalizables, transparentes, públicos y consensuados (*vid.*

Dalli, 2022; Ministerio de Sanidad, 2020; y Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, 2020).

A pesar de las dificultades para confirmar dicha práctica —dada la densidad de las cortinas de humo desplegadas por las autoridades responsables, han sido las investigaciones periodísticas independientes las que han puesto luz sobre los hechos (en concreto, Rico, 2022)—, lo cierto es que la pandemia ha tenido un impacto sanitario diferencial en las personas mayores con multipatologías, tanto las que viven en residencias como en sus domicilios. Ello ha sido así por la práctica (no generalizada, pero sí implementada en algunos sitios) de un triaje o selección adversa de las personas mayores que, hasta la llegada abrupta de la pandemia, accedían normalmente al sistema hospitalario. El bloqueo en el acceso al sistema hospitalario, unido a la limitada capacidad de atención sanitaria en las residencias, ha supuesto una sobremortalidad del colectivo que vive en este tipo de establecimientos (Marbán *et al.*, 2021: 164).

La conclusión de todo lo expuesto hasta aquí es que, más allá de los factores estructurales que impidieron atender como se debía a los y las residentes en centros geriátricos, se tomaron decisiones de exclusión por razón de edad y discapacidad discriminatorias e ilegales que atentaron gravemente contra el derecho a la salud, contra la integridad física y psíquica, y contra el derecho a la vida de muchas personas mayores.

4.2. ALGUNAS DECISIONES EJECUTIVAS LIMITADORAS DE DERECHOS RELACIONADOS CON LOS CUIDADOS Y VINCULADAS A LA DECISIÓN DEL CONFINAMIENTO NACIONAL HAN SIDO DISCRIMINATORIAS

La experta independiente sobre el disfrute de todos los derechos por las personas de edad afirmaba en su Informe sobre el impacto de la pandemia de COVID-19 en los derechos de las personas mayores (ONU, 2020*b*) que ha quedado demostrado que durante la crisis sanitaria no se ha dado prioridad a los centros asistenciales en las distintas estrategias de seguridad y prevención desarrolladas, a pesar de que la mayor proporción de muertes atribuidas a la COVID-19 se produjo entre las personas de edades avanzadas.

Más bien al contrario: más allá de las que impactaron sobre el derecho a la salud (los triajes mencionados en el epígrafe anterior), algunas de las decisiones adoptadas pueden tacharse de discriminatorias por carecer de un fundamento adecuado. Así, por ejemplo, entre las restricciones específicas de la libertad personal y de circulación para las personas mayores, así como otras que afectaban a la intimidad familiar, resulta discutible que las personas mayores de 70 años dispusieran de menos tiempo que otros grupos de edad para hacer ejercicio, o que se impusieran restricciones indiscriminadas a los visitantes (normalmente familiares) a los hogares de cuidado (HelpAge, 2021: 121).

En relación con la primera restricción, la Orden SND/380/2020, de 30 de abril, sobre las condiciones en las que se puede realizar actividad física no profesional al aire libre durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, estableció los horarios en que los mayores de 70 años podían practicar deporte y pasear. En concreto, les asignó 3

horas al día (desde las 10:00 hasta las 12:00 a. m. y desde las 19:00 hasta las 20:00 p. m.), mientras que para los menores de esa edad el número de horas era de 7 (desde las 6:00 hasta las 10:00 a. m. y desde las 20:00 hasta las 23 p. m.).

En este punto, Presno Linera (2020) llama la atención sobre el hecho de que unos días antes se había publicado la Orden SND/370/2020, de 25 de abril, sobre las condiciones en las que deben desarrollarse los desplazamientos por parte de la población infantil durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Y que, en ella, justificadamente, se recogieran las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas para evitar los efectos negativos, físicos, psicológicos y emocionales en la infancia a consecuencia de la pandemia, dando lugar a que el número de horas de desplazamiento alcanzara a la de los adultos menores de 70 años (7 horas). Habida cuenta del demostrado impacto negativo que produce la falta de movimiento sobre la salud física y mental de las personas mayores durante el aislamiento (Ministerio de Derechos Sociales, 2020), es lícito pensar que la asignación de 4 horas menos al día para pasear no se sostenía en ningún argumento que no fuera *edadista*, discriminatorio y contrario al artículo 14 CE.

En relación con las prohibiciones de salir de los centros y a las restricciones en los horarios de visita, la Orden SND/380/2020, ya citada, consideraba en su preámbulo la importancia de la actividad física de las personas mayores «para mantener una adecuada funcionalidad». Sin embargo, añadía poco después que «[...] en esta fase no se contempla la práctica de la actividad física prevista en esta orden —que considero ya de por sí discriminatoria para los mayores de 70 años— por parte de los residentes en los centros sociosanitarios de mayores». De modo que, en este punto, la normativa estableció una prohibición absoluta de realizar actividad física, y de circular libremente, que afectó sin excepción a todos los residentes, tuvieran o no diagnosticado el COVID-19. El argumento genérico que fundamentaba la restricción general —la protección de un grupo vulnerable— no puede compensar la grave intromisión en el principio de autonomía y la libertad de circulación de las personas, y contradice el principio según el cual la aplicación de medidas de aislamiento, confinamiento, pérdida de rutinas, de actividad física, etc., cuando son de inevitable aplicación, deben mantenerse solo por el tiempo que sea estrictamente necesario (Ministerio de Derechos Sociales, 2020). Por todo ello, nos encontramos ante una prohibición que debe considerarse desproporcionada (Presno, 2020) y, por tanto, contraria a la Constitución.

En fin, por lo que se refiere al régimen de las visitas, la Orden SND/414/2020, de 16 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional, determinó la competencia de las comunidades y ciudades autónomas sobre la realización de visitas a viviendas tuteladas y centros residenciales de personas con discapacidad y de personas mayores, subrayando el carácter excepcional (supuestos del final de la vida) para este último caso. Además, las visitas se sujetaron a un protocolo estricto (cita previa, un visitante por residente, uso de equipos de protección adecuados...) y quedaron excluidas en todo caso las visitas a los «[...] centros residenciales de personas mayores en los que haya casos confirmados de COVID-19, o en los que algún residente se encuentre en período de cuarentena

por haber tenido contacto estrecho con alguna persona con síntomas o diagnosticada de COVID-19».

A partir de esta base, las comunidades autónomas establecieron diferentes regímenes, desde los más «abiertos» de Andalucía, Aragón y Galicia (apertura en Fase II a visitas y paseos, con regulación estricta), hasta los más estrictos de Asturias, Castilla-La Mancha, Murcia o País Vasco, en las que no se permitieron visitas ni paseos durante el primer período de alarma (del 14 de marzo al 20 de junio, 98 días).

Sin embargo, la experta independiente sobre el disfrute de todos los derechos por las personas de edad recomendó que, en lugar de prohibir todas las visitas, se establecieran medidas para mantener la seguridad de los residentes y del personal. En la misma dirección, organizaciones de mayores y especialistas sanitarios argumentaron que las visitas no deberían limitarse en aquellas residencias en las que casi la totalidad de los mayores y de los cuidadores están vacunados. «Si los familiares acreditan estarlo también, no debería haber problemas para las visitas», se argumentaba, pues entre los vacunados la probabilidad de infección y de contagio es muy baja, como demuestra que los brotes en residencias tras la vacunación fueron excepcionales. De hecho, la Plataforma Estatal de Organizaciones de Familiares y Usuarios de Residencias emitió un comunicado en el que exigía a los gobiernos autonómicos que habilitasen la entrada de los familiares en las residencias «[...] sin las limitaciones salvajes, inhumanas e ilegales que vienen soportando» (*El País*, 2021).

Los mismos argumentos esgrimidos en los apartados anteriores son válidos para cuestionar las limitaciones indiscriminadas para todas las personas residentes descritas en este epígrafe, que deben considerarse desproporcionadas y atentatorias contra los derechos de las personas mayores (el principio de autonomía personal, el derecho a la intimidad familiar, art. 18 CE, y derecho a la salud, art. 43 CE), así como contra los principios básicos del buen cuidado.

5. EL DERECHO A LA VERDAD Y LA TUTELA JUDICIAL DE LAS VÍCTIMAS

5.1. UNA INVESTIGACIÓN RIGUROSA DE LOS HECHOS

En su Informe sobre lo sucedido en las residencias de mayores durante la pandemia, Amnistía Internacional (2020) ha propuesto la necesidad de establecer «[...] procedimientos de búsqueda de la verdad que no estén al albur del interés coyuntural de equilibrios y mayorías parlamentarias». Esta propuesta tiene como objetivo el esclarecimiento de lo sucedido allí donde los factores coyunturales tratan de confundirse con los estructurales para evitar cualquier tipo de responsabilidad y la identificación de quienes los propiciaron. Sin esta tarea, no será posible dar una respuesta adecuada a las víctimas y a sus familiares ni proponer medidas que impidan que se repitan los daños ocasionados.

El derecho a la verdad apareció en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos en relación con las graves violaciones de derechos y con la concreta problemática de las desapariciones en conflictos armados (Rodríguez, 2017), pero con el tiempo ha ido proyectándose en otros ámbitos. En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el derecho a la verdad aparece como elemento integrante del aspecto procesal de los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, relativo a la obligación positiva de los Estados de realizar la adecuada investigación de las circunstancias de una violación de derechos a efectos de proporcionar una adecuada reparación a la víctimas (López Guerra, 2018). La explicación radica en que la protección de los derechos fundamentales abarca tanto las acciones de prevención orientadas a evitar su vulneración como la reacción cuando esta se produce; y esta reacción, la que conduce a la garantía jurisdiccional, exige la investigación rigurosa de los hechos.

Más allá de la problemática técnico-jurídica que plantea el derecho a la verdad —por ejemplo, respecto a la legitimación, ámbito en el que surgen cuestiones tales como quiénes son sus titulares, o quiénes pueden invocarlo en el curso de un proceso (las víctimas y sus familiares exclusivamente, o la «colectividad») —, lo cierto es que la ausencia de una investigación adecuada y suficiente para determinar las responsabilidades de una posible vulneración de derechos determina la ineficacia del derecho en cuestión. Para el TEDH, si se trata del derecho a la vida o a la integridad física, «la verdad» debe configurarse como un derecho autónomo, de tipo procesal, con una serie de características: la investigación ha de ser pronta (para evitar la desaparición de pruebas con el paso del tiempo), debe llevarse a cabo por un órgano con la suficiente independencia y, en su caso, contar con la presencia y con participación de las víctimas o sus familiares y allegados directos. Si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha exigido el cumplimiento de estos requisitos en casos relativos a las detenciones secretas, desapariciones forzadas y deportaciones ilegales (caso *Husayn (Abu Zubayda) c. Lituania*, 2018: par. 608), no hay argumento sólido que desplace ese derecho en otros casos de violaciones graves en los que la dificultad para obtener pruebas viene determinada por la colisión de intereses público-privados, como es el caso de las residencias geriátricas durante la pandemia.

Dicho esto, como el propio TEDH ha declarado en varias sentencias, frente a la complejidad de las circunstancias de un caso (los obstáculos o las adversidades que impidan el progreso de una investigación), la respuesta adecuada de las autoridades es esencial para preservar la confianza de la ciudadanía en el respeto del principio de legalidad y evitar cualquier apariencia de complicidad o tolerancia en relación con los actos ilícitos. Por las mismas razones, el público debe tener un derecho suficiente de seguimiento de la investigación o de sus conclusiones, de forma que se garantice, tanto en la teoría como en la práctica, la depuración de responsabilidades (*Masri c. Macedonia*, 2014; y López Guerra, 2018: 21-22).

De ahí que, en relación con lo ocurrido en las residencias de ancianos durante la crisis sanitaria, produzca extrañeza la ausencia generalizada de investigaciones exhaustivas y eficaces del Ministerio Fiscal, especialmente si se toma en consideración su función constitucional, a saber, «[...] 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 de los interesados» (art. 124 CE). El hecho de que la muerte en condiciones como mínimo equívocas de miles de personas que se encontraban una situación de vulnerabilidad objetiva (Ribotta, 2022) no haya dado lugar, hasta ahora, a una reacción seria y eficaz pone en evidencia que se ha producido un fallo grave del sistema de protección de los derechos fundamentales de las personas mayores.

Más aún cuando el propio Tribunal Supremo, en Auto de 18 de diciembre de 2020 exigió «[...] la evaluación, aunque sea provisional, de las circunstancias concretas en la que estos resultados (la muerte de los y las residentes) se produjeron». En concreto, el TS entiende en esta resolución que en los juzgados ordinarios deberá esclarecerse si «[...] esos fallecimientos estuvieron asociados a decisiones políticas, administrativas o de gestión y si aquellas son susceptibles de reproche penal. Habrá de indagarse también el origen y la autoría de resoluciones prohibitivas que impidieron que esas personas fueran trasladadas a centros sanitarios, anticipando así un prematuro estado de necesidad que, por su propia naturaleza, debía haber sido, siempre y en todo caso, un acto médico. La instrucción deberá esclarecer si la excepcionalidad derivada de las circunstancias vividas durante la pandemia justificaba decisiones que impidieron a los enfermos de mayor edad recibir la atención médica de la que eran merecedores y a la que, por supuesto, tenían derecho». Cabe añadir que, en una intervención en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid en marzo de 2021, la fiscal de Sala de Protección de Personas con Discapacidad y Personas Mayores hizo expresa referencia a la insuficiente justificación jurídica de la que adolecían las medidas restrictivas de los derechos fundamentales de las personas mayores ingresadas en residencias adoptadas durante la pandemia. Por su parte, el Alto Tribunal del Reino Unido ha declarado que las decisiones del Ministerio de Sanidad del Gobierno de Boris Johnson (competente en la materia) que propiciaron el retorno de hasta 25.000 pacientes a las residencias, a través de unas guías oficiales de conducta en las que se descartaba la necesidad de hacer un test previo al regreso a los centros, eran ilegales. La sentencia declara su antijuridicidad porque no tuvieron en cuenta el riesgo que suponía para los residentes más ancianos y vulnerables el contagio de personas no sintomáticas (De Miguel, 2022).

5.2. LA TUTELA JUDICIAL DE LAS VÍCTIMAS

Ciertamente, la Fiscalía española ha llevado a cabo un seguimiento de la situación de las personas mayores que viven en centros residenciales, supervisión que ha dado lugar a la apertura de numerosas diligencias civiles (para recopilar datos acerca de la situación en las que se encuentran las residencias y las personas alojadas en ellas, realizar un seguimiento de su evolución, y resolver problemas puntuales que requieran la intervención o impulso propios de la labor protectora del Ministerio Fiscal) y penales (como consecuencia de denuncias interpuestas por familiares y trabajadores de los establecimientos).

Durante el primer año de la pandemia, la Fiscalía abrió cerca de 500 diligencias penales, de las que una treintena dieron lugar a denuncia o querrela. A pesar de que a ellas se sumaron algunas más, muy pocas quedan vivas en los tribunales. Estas diligencias se in-

coaban a partir de denuncias de particulares o de organizaciones que, en síntesis, alegaban la asistencia defectuosa a los residentes, la falta de organización del servicio debida a una ineficaz gestión de los medios materiales y personales de los centros, y la falta de información a los familiares de los residentes sobre el estado de salud de estos.

También, desde marzo de 2021, las fiscalías comenzaron a recibir denuncias que reclamaban contra el rechazo a admitir las hospitalizaciones de residentes, negativas basadas en criterios generales y no personalizados (los protocolos). Los criterios ordinarios deberían haber sido, por ejemplo, la agudización de mal estado de salud del residente, la imposibilidad de prestar la asistencia en su propio entorno, la posibilidad de recuperación, la tolerancia a los recursos que debía proporcionarle el hospital y el mayor beneficio del paciente.

Sin embargo, la mayor parte de las diligencias de investigación han sido archivadas. Entre los motivos por los que se han sobreesido estas denuncias, la fiscalía de Barcelona, por ejemplo, señaló que los perjudicados habían acudido directamente a los tribunales, que los hechos ocurrieron en otras demarcaciones, que directamente se consideró que no había hechos punibles o que la tipificación planteada en la denuncia no era la adecuada. En estos casos, la Fiscalía analizaba si la conducta desarrollada por las residencias era constitutiva de algún delito de omisión del deber socorro, denegación de asistencia sanitaria u homicidio imprudente, concluyendo que aquéllas no hicieron «[...] una dejación de su deber de cuidado y asistencia médica», sino que adecuaron su proceder «[...] al marco normativo y a la realidad material a la que se enfrentaban en el momento de los hechos».

A pesar de lo declarado por la Fiscalía, la lectura de los decretos que acordaron el archivo de muchas de las denuncias muestra que numerosas decisiones de archivo no fueron el resultado de una verdadera investigación, sino que se basaron, fundamentalmente, en los informes (naturalmente exculpatórios) de las propias residencias. En este sentido, debe recordarse que, si bien en el citado auto de 18 de diciembre de 2020 el Tribunal Supremo declaró que resultaba «[...] necesario que existan datos objetivos que permitan imputar los concretos resultados lesivos producidos en cada caso y sobre cada persona afectada» —es decir, que exista (como argumenta la Fiscalía en sus decretos de archivo) una «[...] relación de causalidad directa, completa e inmediata, eficiente y sin interferencias entre el hecho denunciado y su pretendida consecuencia»—, no es menos cierto que también exigió una «[...] evaluación, aunque sea provisional, de las circunstancias concretas en la que estos resultados se produjeron».

Debe recordarse que la Fiscalía y de la Administración están obligadas a colaborar en la investigación de una forma más intensa que el ciudadano particular, pues la facilidad probatoria en manos de aquellas está muy por encima de la de este. Así se deduce del art. 217.7 de la LECiv (disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio), y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que se ha pronunciado al respecto en estos términos: «Cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los tribunales en el curso del proceso (artículo 118 C.E) conlleva que dicha parte es quien debe apor-

tar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad» (STC 227/1991, FJ 5).

Como se ha señalado más arriba, la premisa de partida es que la investigación de estos casos es compleja y que la actuación de los jueces y fiscales se verá dificultada por numerosos obstáculos y circunstancias. Por ejemplo, la documentación sobre el estado asistencial-sanitario de las personas mayores residentes en los días previos a su fallecimiento es una documentación interna de cada residencia; muy probablemente, su contenido no se ajustará a la realidad del momento de caos y colapso. Además, se desconoce en qué grado y con qué alcance los forenses de los Institutos de Medicina Legal informaron las demandas de los fiscales, pues en la práctica existe una resistencia (corporativa, comprensible) a ver irregularidades, negligencias e imprudencias que podrían acabar responsabilizando a los trabajadores y trabajadoras de cuidados, dejando inmunes a los directores de las residencias, a los propietarios y a los responsables políticos de las decisiones «coyunturales» adoptadas. En todo caso, aunque se conozcan *a priori* las dificultades a las que van a enfrentarse las investigaciones, estas deben ser llevadas a cabo.

De hecho, mientras se escriben estas líneas (principios de octubre de 2022, dos años y medio después el comienzo de la pandemia) el Ministerio Fiscal ha emitido una instrucción a los fiscales superiores para que rindan cuentas sobre las actuaciones llevadas a cabo en relación con el fallecimiento de personas en los centros residenciales y, sobre todo, para que escuchen a las familias (Ministerio Fiscal, 2022; y Sánchez Castrillo, 2022). Según la Instrucción, «[...] la trascendencia de los hechos y su resultado, así como el hecho de que los mismos afecten a personas especialmente vulnerables, exigen del Ministerio Fiscal una posición particularmente proactiva en el procedimiento».

6. CONCLUSIÓN: SON NECESARIAS NUEVAS NORMAS JURÍDICAS, POLÍTICAS PÚBLICAS CON ENFOQUE DE DERECHOS Y UN CAMBIO SOCIAL, CULTURAL Y POLÍTICO

Un reciente informe firmado por 40 expertos mundiales y publicado recientemente por *The Lancet* (2022) afirma sin ambages la comisión de fallos masivos a nivel global en la gestión de los dos primeros años de pandemia. De las más de 6 millones de muertes reconocidas, un número considerable podrían haber sido evitadas si la prevención, la rapidez en la respuesta y la consideración de las personas más vulnerables hubieran sido los principios aplicados. Además de los derechos a la vida, a la salud y a la integridad física, otros derechos podrían haber sido protegidos más eficazmente si la sombra del edadismo y la discriminación que este que comporta no hubieran gravitado sobre algunas de las decisiones adoptadas.

Una visión desapasionada y de conjunto sobre lo sucedido en España desde marzo de 2020 sugiere plantear unas consideraciones finales a partir de las cuales reflexionar sobre los cambios profundos que deben producirse, al menos en tres ámbitos: la percepción

social de las personas mayores; la decisión política de «qué hacer con ellas», reflejada en políticas públicas de mirada larga; y la regulación que debe proteger sus derechos más allá de reclamaciones morales.

Así, en primer lugar, la gestión de la pandemia ha mostrado sin velos la verdadera representación y el valor social que realmente tienen las personas mayores en nuestro mundo. Tanto por el escenario estructural de sus cuidados en el que irrumpió la pandemia como por algunas de las decisiones políticas discriminatorias llevadas a cabo (Ribotta, 2022; y Naciones Unidas, 2020). Como afirma Ribera (2020: 307), «[...] la crisis del coronavirus ha sido el caldo de cultivo para el edadismo», en su manifestación social e institucional. En este sentido, es urgente poner los medios necesarios para transformar una cultura basada en estereotipos, prejuicios y discriminaciones edadistas y construir una sociedad libre de ellos.

En segundo lugar, el impacto de la pandemia sobre las personas mayores y sobre las personas con discapacidad ha puesto en cuestión no solo el actual modelo de residencias para personas en situación de dependencia, sino también el sistema de cuidados de larga duración implantado en España en diciembre de 2006. Se exige un cambio que, en resumen, debe «[...] caminar hacia un modelo de atención y de cuidados centrados en la persona» (Mesa Estatal por los Derechos de las Personas Mayores, 2020; y Marbán *et al.*, 2021: 160), es decir, «[...] un cambio en profundidad del modelo de alojamientos para personas mayores o personas con discapacidades que precisan apoyos para continuar con sus proyectos de vida. Es preciso que las alternativas de alojamiento que dispensen cuidados e intervenciones profesionales se orienten desde una atención centrada en las personas y no desde objetivos de mera custodia».

Este cambio necesario exige asumir la centralidad del principio de equidad en la atención a la población de personas mayores vulnerables (Zunzunegui, 2022), un enfoque que encaja con dificultad en la creciente mercantilización de los cuidados. Así, el rechazo a los macrocentros residenciales, las habitaciones individuales como derecho (porque la intimidad personal es un derecho fundamental), la sustitución del modelo institucional (sin retroceder al institucional hospitalario) por otro en el que nuevos diseños arquitectónicos y de organización favorezcan unos cuidados en los que primen la autonomía, la historia de vida y los deseos de las personas mayores... (HelpAge, 2021a; y Pinazo, 2020a) son exigencias que compatibilizan mal con la idea de grandes beneficios económicos. Esta es la razón de que el acuerdo auspiciado por el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 para fijar los nuevos requisitos mínimos que deben cumplir todos los servicios de la dependencia en España, entre ellos, las residencias de mayores, haya sido objeto de una «rebaja» considerable después de que la patronal de las residencias y algunos gobiernos regionales expresaran su oposición al mismo (Sosa y Cué, 2022). Ahora bien, como se ha comentado en distintos foros especializados, si realmente quiere propiciarse una transformación en el sector residencial y de cuidados —promoción de la vida independiente y atención centrada en la persona en el entorno comunitario—, van a ser necesarias una mayor financiación, una valentía política que hasta ahora ha sido casi inexistente y una mirada que vaya más allá del período que transcurre entre elecciones.

Por último, la necesaria reforma del sector residencial y de los cuidados debe ir acompañada de una reflexión en torno al Derecho de la Vejez (Dabove, 2021), es decir, sobre la actualización de un ordenamiento y unos operadores jurídicos que no están a la altura de la eficacia protectora de derechos exigible. De entrada, es preciso fijar los fundamentos del «derecho a la verdad» como pilares del derecho a la tutela judicial efectiva, y asumir que, cuando lo que se encuentra en juego son los derechos fundamentales de personas en especial situación de vulnerabilidad, la proactividad de las instituciones es debida. En el ámbito estrictamente normativo, además de revisar y modificar con carácter general las limitaciones, deficiencias y lagunas normativas que caracterizan el tratamiento de las personas mayores (OMS, 2021; y ONU, 2022), la experiencia de la pandemia puede servir para impulsar dos iniciativas. De una parte, la elaboración de una Ley Integral de Protección de los Derechos de las Personas Mayores. De otra, la tarea de convencer a los Estados de que apoyar una Convención de Naciones Unidas con el mismo objeto contribuirá a mejorar considerablemente la garantía de los derechos de las personas de edad avanzada (HelpAge, 2022; y Cebada, 2018). En este sentido, la Convención interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada en 2015, recoge mandatos directamente aplicables a la crisis que ha justificado este artículo: «Los Estados parte tomarán todas las medidas específicas que sean necesarias para garantizar la integridad y los derechos de la persona mayor en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres, de conformidad con las normas de derecho internacional, en particular del Derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario [...]» (artículo 29. Situaciones de riesgo y emergencias humanitarias). Es un modelo para seguir.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN GARCÍA, Antonio y Pilar ACEITUNO NIETO (2021): «¿Quién gestiona las residencias en España en 2020?», *Envejecimiento en Red*, Madrid: CSIC. Disponible en: <<https://digital.csic.es/bitstream/10261/240910/1/Qui%C3%A9n%20gestiona%20las%20residencias%20en%20Espa%C3%B1a.pdf>>.
- (2021): «Estadísticas sobre residencias. Distribución de centros y plazas residenciales por provincia. Datos de septiembre de 2020». *Informe 27. Envejecimiento en Red*, Madrid: CSIC. Disponible en: <<https://envejecimientoenred.csic.es/estadisticas-sobre-residencias-2020/>>.
- ABELLÁN, Antonio *et al.* (2020a): «Una estimación de la población que vive en residencias de mayores», *Envejecimiento en Red. Departamento de Población*, Madrid: CESIC. Disponible en: <<https://bit.ly/3moRKZQ>>.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL (2020): *Abandonadas a su suerte. La desprotección y discriminación de las personas mayores durante la pandemia* [en línea] <<https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/reportajes/residencias-en-tiempos-de-covid-personas-mayores-abandonadas-a-su-suerte/>>.
- BERNARDINI, Maria Giulia (2022): «¿No tengo (aún o ya) la edad? (In)visibilidad, vulnerabilidad y violencia de las personas menores y ancianas», *Derechos y Libertades*, 46.
- BONILLO, María (2022): «Alarmante falta de enfermeras en las residencias de mayores por su “pésimas condiciones laborales», *65yMás.com* [en línea]

<https://www.65ymas.com/sociedad/alarmanente-falta-enfermeras-residencias-mayores-pesimas-condiciones-laborales_37265_102.html>.

CEBADA, Alicia (2018): «Las personas de edad en el Derecho internacional: hacia una Convención de la ONU sobre los derechos de las personas de edad», en J. Cabeza, B. Cardona y F. Flores (coords.), *Edad, discriminación y derechos*, Madrid: Thomsom Reuters.

CESIC (2021): *Residencias y Covid-19: Una investigación del CSIC* [en línea] <https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=2GAZsyx8cOk&feature=emb_title>.

DABOVE, María Isolina (2020): «Derecho de la vejez en tiempos de pandemia», *Revista de la Facultad de Derecho*, 49 [en línea] <http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2301-06652020000202110>.

– (2021): «El derecho de la vejez y la Constitución española», en C.M. Romero Casabona (coord.): *Tratado de Derecho y Envejecimiento. La adaptación del Derecho a la nueva longevidad*, Madrid: Fundación Mutualidad Abogacía-Wolters Kluwer.

DALLI ALMIÑANA, María (2023): «Residencias, hospitales y personas mayores durante la COVID-19: Estudio desde la afectación de derechos fundamentales», *Estudios de Deusto*, 71(1).

DE MIGUEL, Rafael (2022): «El Alto Tribunal del Reino Unido declara ilegal la gestión de las residencias de mayores durante la pandemia», *El País*, 22 de abril [en línea]

<<https://elpais.com/sociedad/2022-04-27/el-alto-tribunal-del-reino-unido-declara-ilegal-la-gestion-de-las-residencias-de-mayores-durante-la-pandemia.html>>.

DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico y Vicente BELLVER CAPELLA (2020): «Priorizar sin discriminar: la doctrina del Comité de Bioética de España sobre derechos de las personas con discapacidad en un contexto de pandemia», *IgualdadES*, 3, 313-341.

DEFENSOR DEL PUEBLO (2020): *Atención a personas mayores. Centros residenciales*. Separata del Informe anual 2019.

DEUSDAD, Blanca (2020): «El COVID-19 y la Crisis de las Residencias de Mayores en España: Edadismo y Precariedad», *Research on Ageing and Social Policy*, 8(2).

DÍAZ-TENDERO BOLLAIN, Aída (2019): *Derechos humanos de las personas mayores*, México: UNAM.

EUROPEAN COMMITTEE OF THE REGIONS (2021): *2021 EU Regional and Local Barometer* [en línea] <<https://cor.europa.eu/en/our-work/Documents/barometer-fullreport%20web.pdf>>.

EUROSTAT (2021): *Estructura demográfica y envejecimiento de la población*.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2022): *Dación de cuentas sobre procedimientos penales incoados por fallecimientos en residencias y centros de mayores como consecuencia de la Covid-19*, Secretaría Técnica-teniente fiscal, 6 de octubre de 2022 [en línea] <<https://www.fiscal.es/documents/20142/0/Oficio+Fiscales+Superiores++Residencias.pdf/cf70a2ca-c21d-f817-c4a1-bfd96f45149e?t=1665129390173>>.

FLORES GIMÉNEZ, Fernando (2022): «El cuidado de las personas mayores: un derecho fundamental en ciernes», *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 33.

GIMÉNEZ GLUCK, David (2022): «Igualdad y no discriminación de las personas mayores», *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 33.

LEÓN, Margarita (2022): *Residencias de mayores y pandemia: el punto ciego en las actuaciones de emergencia. Un nuevo contrato social para una prosperidad compartida*, Barcelona: Fundació Rafael Campalans [en línea] <https://fcampalans.cat/uploads/publicacions/pdf/informe_social_13_frc.pdf>.

GRUPO DE TRABAJO MULTIDISCIPLINAR (2020): *Informe del GTM sobre el impacto de la COVID-19 en las personas mayores, con especial énfasis en las que viven en residencias*.

HELPPAGE (2022): *Convención de la ONU sobre los derechos de las personas mayores: Es hora de actuar* [en línea] <<https://www.helpage.es/convencion-de-la-onu-sobre-los-derechos-de-las-personas-mayores-es-hora-de-actuar/>>.

- (2021): *Llevando la peor parte. El impacto de la pandemia del Covid-19 en las personas mayores en países de ingresos medios y bajos: aprendizajes del 2020* [en línea] <<https://www.helpage.es/las-personas-mayores-de-todo-el-mundo-corren-mas-riesgo-de-sufrir-negligencia-y-abusos-que-antes-de-la-pandemia/>>.
 - (2021a): *El derecho a los cuidados de las personas mayores. Colección Los derechos humanos de las personas mayores en España: La igualdad de trato y la no discriminación por razón de edad* [en línea] <https://www.helpage.es/wp-content/uploads/2021/09/Informe_El-derecho-a-los-cuidados-de-las-personas-mayores_HelpAge-Espana-2021.pdf>.
 - infoLIBRE (2022): *Dossier residencias Covid-19* [en línea] <https://www.infolibre.es/suplementos/residencias_covid_19/residencias.html>.
- LÓPEZ GUERRA, Luis (2018): «El derecho a la verdad: ¿la emergencia de un nuevo derecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 22.
- MARBÁN GALLEGO, Vicente, Julia MONTSERRAT CODORNIU y Gregorio RODRÍGUEZ CABRERO (2021): «El impacto de la COVID-19 en la población mayor dependiente en España con especial referencia al sector residencial», *Envelhecimento e Dependência*, 26(1) [en línea] <<https://www.scielo.br/j/csc/a/KncyBMQrjCXJdCKgWyNRCQS/?format=pdf&lang=es>>.
- MÉDICOS SIN FRONTERAS (2020): *Poco, tarde y mal: el inaceptable desamparo de las personas mayores durante la COVID-19 en España* [en línea] <https://www.msf.es/sites/default/files/attachments/medicos-sinfronteras-informe-covid19-residencias_0.pdf>.
- MESA ESTATAL POR LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES (2020): *Segundo documento de propuestas ante la pandemia del coronavirus en defensa de los derechos de las personas mayores* [en línea] <<http://www.plataformatercersector.es/sites/default/files/Segundas%20propuestas%20de%20la%20Mesa%20Estatal%20por%20los%20derechos%20de%20las%20personas%20mayores%20ante%20la%20Covid-19.pdf>>.
- MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030 (2020): «Informe del grupo de trabajo Covid 19 y residencias» [en línea] <https://www.imsero.es/InterPresent2/groups/imsero/documents/binario/gtcovid_residencias_vf.pdf>.
- MINISTERIO DE SANIDAD (2020): «Informe sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-Cov-2», 2 de abril [en línea] <<https://bit.ly/3kaplNU>>.
- (2022): Datos actualizados de la COVID-19 en España [en línea] <<https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/situacionActual.htm>>.
- NACIONES UNIDAS (2022): *Informe de la alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, «Criterios normativos y obligaciones en virtud del Derecho internacional respecto de la promoción y protección de los derechos humanos de las personas de edad», A/HRC/49/70, 28 enero.
- (2020): *Policy Brief: The Impact of COVID-19 on older persons*, Nueva York: ONU.
 - (2020a): *Los derechos humanos de las personas de edad: la falta de datos. Informe de la experta independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad*, Consejo de Derechos Humanos, 45º período de sesiones, 14 de septiembre a 2 de octubre de 2020, A/HRC/45/14.
 - (2020b): *Impacto de la enfermedad por coronavirus (COVID-19) en el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad*, experta independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad, A/75/205, 21 de julio de 2020. Consultar los Informes de la experta independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad en: <<https://www.ohchr.org/es/special-procedures/ie-older-persons/annual-reports>>.
- NIETO, Maite (2021): «¿Ancianos protegidos, o prisioneros en las residencias?», *El País*, 20 de junio [en línea] <<https://elpais.com/sociedad/2021-06-25/ancianos-protegidos-o-prisioneros-en-las-residencias.html>>.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2021): *Global Report o Ageism*, Ginebra: OMS [en línea] <<https://www.who.int/es/teams/social-determinants-of-health/demographic-change-and-healthy-ageing/combating-ageism/global-report-on-ageism>>.

PÉREZ-DURÁN, Ixchel (2020): «Efectos de la opacidad en las residencias de mayores antes de la COVID-19», *El País*, 26 de mayo [en línea] <<https://agendapublica.elpais.com/noticia/17016/efectos-opacidad-residencias-mayores-antes-covid-19>>.

PINAZO, Sacramento (2020): «Impacto psicosocial de la COVID-19 en las personas mayores: problemas y retos», *Revista Española de Geriátría y Gerontología*, 55(5).

– (2020a): «La atención en residencias.Recomendaciones para avanzar hacia un cambio de modelo y una nueva estrategia de cuidados», ProspectCV 2030.

RIBERA CASADO, José Manuel (2020): «Edadismo en tiempos de pandemia», *Anales RANM*, núm.137.

RIBOTTA, Silvina (2022): «Personas mayores, autonomía y vulnerabilidades», *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 33.

RICO, Manuel (2020): *Vergüenza. El escándalo de las residencias*, Barcelona: Planeta.

– (2022): «DomusVI fracasa en su ofensiva judicial para impedir que *infoLibre* acceda a los datos de fallecidos en las residencias de Galicia», *infoLibre*, 24 de mayo [en línea] <https://www.infolibre.es/politica/domusvi-fracasa-ofensiva-judicial-impedir-infolibre-acceda-datos-fallecidos-residencias-galicia_1_1240251.html>.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2012): «Derechos fundamentales en las residencias de mayores», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 94.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Jorge (2017): *Derecho a la verdad y Derecho internacional en relación con graves violaciones de los derechos humanos*. Madrid: Biblioteca de Derechos Humanos Berg Institute.

SALADO, Alejandro (2022): «Nuevo modelo de residencias, si no hay personal no hay cuidados», *infoLibre*, 22 de julio [en línea] <https://www.infolibre.es/opinion/plaza-publica/nuevo-modelo-residencias-si-no-hay-personal-no-hay-cuidados_129_1283501.html>.

SÁNCHEZ CASTRILLO, Álvaro (2021): «Las comunidades dan un carpetazo masivo a las investigaciones sobre las muertes en las residencias», *infoLibre*, 15 de noviembre [en línea] <https://www.infolibre.es/politica/comunidades-dan-carpetazo-masivo-investigaciones-muertes-residencias_1_1213050.html>.

– (2022): «La Fiscalía da un giro en la investigación de muertes en residencias que abre alguna esperanza en las familias» *infoLibre*, 7 de octubre [en línea] <https://www.infolibre.es/politica/fiscalia-da-golpe-timon-investigaciones-muertes-residencias-esperanza-familias_1_1335340.html>.

SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MEDICINA INTENSIVA, CRÍTICA Y UNIDADES CORONARIAS (2020): *Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia Covid-19 en las unidades de cuidados intensivos* [en línea] <https://semicyuc.org/wp-content/uploads/2020/03/%C3%89tica_SEMICYUC-COVID-19.pdf>.

SOSA TROYA, María y Carlos CUÉ (2022): «El PP y algunas comunidades socialistas frenan el plan de Belarra para cambiar el modelo de residencias», *El País*, 25 de mayo [en línea] <<https://elpais.com/sociedad/2022-05-25/el-pp-y-algunas-comunidades-socialistas-frenan-el-plan-de-belarra-para-cambiar-el-modelo-de-residencias.html>>.

THE LANCET (2022): *The Lancet Commission on lessons for the future from the Covid-19 pandemic*, September 14 [en línea] <[https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(22\)01585-9/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(22)01585-9/fulltext)>.

ZUNZUNEGUI, María Victoria (2021): «El exceso de mortalidad por COVID-19 en las personas mayores que viven en las residencias de España: variaciones entre comunidades autónomas», *Envejecimiento en red*, 4 de abril.

– (2022): «COVID-19 en centros residenciales de personas mayores: la equidad será necesaria para evitar nuevas catástrofes», *Gaceta Sanitaria*, 36(1).

Fecha de recepción: 14 de febrero de 2023.
Fecha de aceptación: 6 de mayo de 2023.

ALGUNOS PROBLEMAS CONCEPTUALES Y EPISTEMOLÓGICOS DE LA DEFINICIÓN
DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL EN LA LLAMADA LEY DE «SOLO SÍ ES SÍ»^{*}
*SOME CONCEPTUAL AND EPISTEMOLOGICAL PROBLEMS WITH THE DEFINITION
OF SEXUAL CONSENT IN THE SO-CALLED «ONLY YES MEANS YES» LAW*

José Antonio Ramos Vázquez

*Profesor titular de Derecho penal
Universidade da Coruña*

RESUMEN

Tras muchos debates, académicos y mediáticos, el año pasado se aprobó la llamada «Ley de solo sí es sí» y, por primera vez en la historia del Derecho penal español, se define en ella el consentimiento sexual. Este trabajo analiza algunos problemas conceptuales de dicha definición (qué es el consentimiento, qué clase de modelo plasma la Ley y cuáles son sus dificultades) y, también, problemas de tipo epistemológico (cómo tener certeza del consentimiento de una persona, cómo valorar los eventuales criterios al respecto, etc.). La conclusión es que un cambio de paradigma como este puede suponer que el error de tipo adquiera una relevancia que antes no tenía, siendo una vía de salida para el previsible choque entre nuestra actual cultura sexual y la pedagogía social que la Ley pretende.

PALABRAS CLAVE

Agresión sexual, consentimiento, epistemología, criterios, error de tipo.

ABSTRACT

After much debate, both academic and in the media, last year the so-called «Law of only yes is yes» was passed and, for the first time in the history of Spanish criminal law, sexual consent is defined in it. This paper analyzes some conceptual problems of this definition (what is consent, what kind of model does the Law imply and what are its problems) and epistemological problems (how to be certain of a person's consent, how to assess the eventual criteria in this regard, etc.). The conclusion is that such a change of paradigm can mean that the type error acquires a relevance that it did not have before, being a way out of the foreseeable clash between our current sexual culture and the social pedagogy that the Law intends.

KEY WORDS

Rape, sexual consent, epistemology, criteria, defence of mistake.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2023.073>

^{*} Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i «Impacto de la "tuitización" de la opinión pública sobre el Derecho penal y consecuencias para el debate en torno a su democratización» (referencia: PID2021-125730OB-I00), financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/ y por «FEDER. Una manera de hacer Europa». IP: Fernando Miró Llinares.

ALGUNOS PROBLEMAS CONCEPTUALES Y EPISTEMOLÓGICOS DE LA DEFINICIÓN DEL CONSENTIMIENTO SEXUAL EN LA LLAMADA LEY DE «SOLO SÍ ES SÍ»

José Antonio Ramos Vázquez

Profesor titular de Derecho penal
Universidade da Coruña

Sumario: 1. La Ley Orgánica 10/2022 y su pretensión de «poner el consentimiento en el centro». 2. El consentimiento como noción dúctil y como arcano de la mente. 3. «Todo proceso interno necesita criterios externos»: de lo interno a lo performativo. 4. Actos sumados a contexto: el modelo comunicativo. 5. El problema epistemológico: criterios, visiones del consentir y error. 6. Conclusiones: el consentimiento como concepto de transición y la pedagogía social a través del derecho penal. Bibliografía.

1. LA LEY ORGÁNICA 10/2022 Y SU PRETENSIÓN DE «PONER EL CONSENTIMIENTO EN EL CENTRO»

Resulta casi ocioso afirmar que la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, es una de las normas más controvertidas que hayan sido promulgadas en la última década en nuestro país. Desde el origen de la Ley —el mediático caso de «La Manada»— hasta la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica

4/2023, de 27 de abril, reforma motivada por la polémica retroactividad de la norma original, que ha comportado la revisión a la baja de cientos de condenas por delitos sexuales, todo lo que ha rodeado a la llamada «Ley de solo sí es sí» ha estado caracterizado por la polémica.

No es objeto de este trabajo ninguna de las polémicas que han jalonado el recorrido legislativo, dado que, por una parte, creo que ya se han agotado los argumentos a favor y en contra de la pertinencia de la ley y los debates sobre si esta supone un avance o un retroceso en la protección de la libertad sexual, y, por otra, la (aún escasa) experiencia aplicativa de la norma impide realizar un juicio ponderado sobre el impacto que pueda tener tanto desde el punto de vista de la prevención de la violencia sexual como del respeto a principios fundamentales del sistema penal, señaladamente el de presunción de inocencia, principio que, de acuerdo con el sector crítico con la norma, estaría en alto riesgo de ser vulnerado por esta.

El hecho cierto es que la Ley Orgánica 10/2022 ha reconfigurado la manera en que la legislación penal española venía abordando los delitos sexuales y es, por ello, necesario analizar los muchos aspectos de la reforma que previsiblemente van a suponer un quebradero de cabeza para intérpretes y aplicadores de la norma. *In primis*, la propia definición de consentimiento que ofrece la nueva redacción del artículo 178 del Código Penal y que reza así: «Solo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona».

Como he señalado, la Ley Orgánica 10/2022 fue denominada desde el inicio «Ley de solo sí es sí», y el propósito confesado del Ministerio que la impulsó fue «poner el consentimiento en el centro» de la regulación de los delitos sexuales. Naturalmente, el consentimiento ya era el punto neurálgico de la anterior regulación, de modo que esa puesta en el centro habría de consistir, sobre todo, en definir el consentimiento, y hacerlo con unos contornos legales que cumpliesen con las expectativas generadas en el movimiento feminista —o, mejor dicho, en gran parte de este: como indicaré más adelante, hay sectores del feminismo que creen que el consentimiento es, cuando menos, una noción problemática para aplicarlo a las relaciones (hetero)sexuales—, esto es, definirlo en unos términos que garantizasen la existencia de una toma de decisión activa por parte de las mujeres (en su preámbulo, la LO 10/2022 incide reiteradamente en que está pensando, sobre todo, en las mujeres como víctimas de la violencia sexual —y el legislador tiene, sin duda, buenas razones para ello—) para poder ser considerado un consentimiento válido a efectos legales. En suma, intentando atajar el problema de fiarlo todo a si se expresó o no claramente una negativa o si hubo o no resistencia al avance sexual, el objetivo era construir una definición legal que exigiese la existencia de un consentimiento claro y positivo por parte de la mujer.

El objeto de este trabajo es, precisamente, la definición final a la que se llegó, la que encontramos en el art. 178 del Código Penal. Y mi objetivo será mostrar que «consentimiento» es un concepto complejo que provoca más de un problema a la hora de asentarlos

conceptualmente, y que, además, puede conducir a un problema de tipo epistemológico con indudables consecuencias penales, como señalaré más adelante.

2. EL CONSENTIMIENTO COMO NOCIÓN DÚCTIL Y COMO ARCANO DE LA MENTE

Dice Heidi Hurd que la noción de consentimiento es mucho más que un concepto al uso: es un elemento mágico que transforma una acción moralmente reprochable en una actuación perfectamente legítima, o incluso deseable desde el punto de vista personal o ético, al convertir «[...] un secuestro en una excursión de domingo, una agresión en un placaje de fútbol, un hurto en un regalo, un allanamiento de morada en una cena festiva», un concepto, en suma, que «[convierte] violar en hacer el amor» (Hurd, 2005: 504). Por su parte, Wittgenstein señaló que «[...] la solución de los problemas filosóficos es comparable a los regalos de los cuentos, que parecen maravillosos en el castillo encantado y, al ser mirados fuera, a la luz del día, no son más que un trozo de hierro común» (Wittgenstein, 1996c: 58). Por ello, antes incluso de preguntarnos por sus eventuales poderes, hay que desencantar (por así decirlo) el concepto de consentimiento, aceptando sus numerosos problemas y lo conflictivo de su caracterización.

Ya he indicado antes que la noción de consentimiento es contestada desde ciertas corrientes del feminismo porque presuponer la existencia de una posibilidad real de sustraerse a la situación de disparidad de poder (no solo en la esfera social, sino también personal) en que se encuentran hombres y mujeres. Se trataría, en palabras de Catharine MacKinnon, de un concepto «[...] inherentemente desigualitario, al presuponer tácitamente que las partes [de una relación sexual] son iguales, lo sean o no» (MacKinnon, 2006: 440) y, por consiguiente, un «[...] estándar patético [para el] sexo igualitario entre personas libres» (MacKinnon, 2006: 465). Por tanto, la autora propone una definición de la violación centrada no en el consentimiento, sino en las distintas formas en que se manifiesta la desigualdad. Es decir, sería violación «[...] toda invasión física de naturaleza sexual bajo circunstancias de amenaza o uso de la fuerza, engaño, coacción, rapto, o abuso de poder, confianza o de una posición de dependencia o vulnerabilidad» (MacKinnon, 2016: 474), definición bien parecida, por cierto, a la del actual art. 178 de nuestro Código Penal.

Además, como bien pone de manifiesto Martha Chamallas, la noción de consentimiento es «endiabladamente maleable», pues recoge una multitud de situaciones que poco o nada tienen que ver entre sí: desde aceptar con más o menos desinterés el deseo ajeno hasta buscarlo y estimularlo activamente (Chamallas, 1998: 795).

Todas estas críticas, a mi juicio dignas de atención, nos colocan en una óptica que es la que me interesa desarrollar aquí: «poner el consentimiento en el centro» puede ser un modo fructífero de llamar la atención sobre las diversas formas de violencia sexual que afectan a las mujeres (y me gustaría insistir en que, sin duda alguna, se trata de una cuestión totalmente relevante), pero, como idea de política criminal, tomado de un modo

maximalista, nos conduce a enfrentarnos con las complejidades de un concepto menos domesticable de lo que parece a simple vista. De entre esas complejidades, en este trabajo voy a centrarme solo en una, quizás la más crucial de todas ellas: en el trabajo antes mencionado de Chamallas (1998: 795), esta autora señala que en toda definición de consentimiento aparecen elementos que son ajenos a los meros deseos subjetivos de los partícipes en la conducta que se analiza. Y esto nos da una señal de que la auténtica matriz de muchos de los problemas al manejar la noción de consentimiento es su propia naturaleza: ¿es el consentimiento un acto íntimo, puramente interno? ¿o es un «algo más»? (en ese caso, ¿qué más?) o, incluso, ¿puede que el consentimiento no sea en absoluto un acto interno?

Podemos tomar como punto de partida, por ejemplo, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, documento en el que puede leerse que «[...] el consentimiento se genera en el fuero interno de los individuos, en su psique, lugar donde puede permanecer oculto para terceros» (Fiscalía General del Estado, 2023: 16). Desde esta perspectiva, por tanto, el consentimiento es un arcano de la mente que surge en el interior de la persona y que es susceptible de permanecer allí *dentro* sin ser exteriorizado nunca. Congruentemente con esta visión, la Circular señala que «[...] son concebibles supuestos en los que concurre el consentimiento a pesar de no existir una exteriorización del mismo. En definitiva, es necesario distinguir entre la existencia del consentimiento y la forma en la que este se expresa o manifiesta externamente» (Fiscalía General del Estado, 2023: 16).

El consentir sería, desde este punto de vista, un estado mental, una determinada disposición interna de una persona respecto de las acciones o pretensiones de otra. Quien consiente *sabe* que ha consentido, mientras que los demás conocemos ese asentimiento interno a la situación o bien a través de la propia manifestación de quien consiente (si nos informa sobre lo sucedido a nivel interno), o bien a través de una inferencia, a la luz de las eventuales manifestaciones externas de dicho consentimiento. Esta visión es la que Vera Bergelson llama «actitudinal» (Bergelson, 2014: 172) y que yo, sencillamente, llamaría «cartesiana».

En efecto, una visión del consentimiento como la antedicha se basa en una antropología cartesiana en la que cuerpo y mente están escindidos: los seres humanos tenemos una mente inaccesible a los demás, en la que habitan, por así decirlo, nuestras sensaciones, nuestros sentimientos, nuestras intenciones, etc. Este mundo es privado y solo nosotros podemos conocerlo: solo quien, *v. gr.*, tiene un dolor puede *saber* que lo tiene. Los demás solo podemos, en cambio, *suponer* que alguien está experimentando dolor. Exactamente lo mismo sucedería con el consentimiento.

En su magnífico trabajo sobre el consentimiento, Tanya Palmer señala algunas de las muchas consecuencias perniciosas de la comprensión del consentimiento de un modo cartesiano. En primer lugar, dice la autora, la visión del cuerpo como una mera propiedad material en la que habita el yo y la autonomía entendida como un proceso cognitivo de reflexión y elección racional oscurecen papel central que juegan en las decisiones humanas las sensaciones y las emociones, lo que es más grave aún en un ámbito marcado por ellas, como es el de la sexualidad (Palmer, 2017: 13). Es más, como añadiría Eva Illouz, «[...]»

la ética del consentimiento enfatiza —e, incluso, demanda— una atención a la voluntad propia, pero pasa por alto las maneras en que, bajo ciertas condiciones, la voluntad puede ser (o puede volverse) volátil, confusa, sujeta a presiones o internamente contradictoria» (Illouz, 2020: 221).

En segundo lugar, prosigue Palmer, al escindir cuerpo y mente al modo cartesiano, quienes optan por un concepto puramente interno del consentimiento conciben la violación como un atentado contra la voluntad y no se fijan lo suficiente en el aspecto puramente físico, cuando la violencia sexual «[...] es una experiencia en la que el contacto corporal y la sensación física, en combinación con los significados culturales y personales de dicho contacto crean una profunda y única sensación de violación» (Palmer, 2017: 13). En tercer lugar, el consentimiento así entendido, aparte de fomentar una cultura de desconfianza hacia potenciales parejas sexuales, concibe la autonomía sexual anudada a nociones de aislamiento y exclusión, impulsando el establecimiento de límites al contacto corporal, con la consecuencia de que las personas estén más involucradas en guardar y hacer guardar sus propios límites que en interesarse en los deseos de los demás (Palmer, 2017: 13). Por último, señala Palmer, el énfasis en el sujeto que consiente como un ser racional que toma sus propias decisiones y establece sus propios límites frente a las amenazas externas retroalimenta la exclusión de aquellos colectivos que, por diversos motivos, no encajan bien en la categoría de sujeto racional o son tenidas como incapaces para marcar límites estables (como, por ejemplo, los menores o las personas con discapacidad). En este sentido, concluye Palmer, un concepto supuestamente neutro como el de consentimiento estaría enmascarando su funcionamiento desigualitario en la práctica (Palmer, 2017: 14).

En mi opinión, todas las críticas de Palmer (y las de MacKinnon antes apuntadas) pueden ser compartidas, pero quisiera añadir que el problema que suscita la comprensión del consentimiento como un arcano de la mente no es solo que no funcione o que no sea apropiado en determinados contextos, sino, simplemente, que parte de presupuestos teóricos erróneos. Dado que desarrollar con el pormenor necesario la crítica a la concepción cartesiana de la mente excedería con mucho el objeto (y las dimensiones) de este trabajo, lo haré de manera indirecta, exponiendo en el próximo apartado la visión que Wittgenstein tiene del «mundo de lo interno», visión que comparto y que, como diré, creo que tiene mucho que ver con la definición de consentimiento que nos ofrece el vigente art. 178 del Código Penal.

3. «TODO PROCESO INTERNO NECESITA CRITERIOS EXTERNOS»: DE LO INTERNO A LO PERFORMATIVO

Desde un enfoque crítico con la supuesta «magia» del consentimiento, Wertheimer señala que «[...] el consentimiento no tiene ninguna magia moral que haya que explicar. El consentimiento de B es moralmente transformador porque cambia las razones de A para actuar. Si nos preguntamos qué podría cambiar las razones de A para actuar, la respuesta

debe ser que B realice alguna señal de consentimiento. Es difícil ver cómo el estado mental de B —por sí solo— puede hacer ese trabajo» (Wertheimer, 2003: 146).

Este tipo de posturas, que Bergelson llama «performativas», «expresivas» o «comunicativas» (Bergelson, 2014: 173), son las que, como indicaba antes, sitúan el debate del consentimiento en unos términos anticartesianos que bien podrían sustentarse en posiciones wittgensteinianas.

Señala en este sentido el filósofo austríaco: «Uno mira a un rostro y dice: “¿qué ocurre detrás de ese rostro?”. —Pero no hay que decir esto. El exterior no tiene que considerarse como una fachada tras la cual las fuerzas mentales trabajan» (Wittgenstein, 1996a: §978). El enfoque de Wittgenstein trata, por tanto, de desviar nuestra atención del *interior* de la persona y dirigirla al *exterior* de nuestras prácticas cuando hablamos de conceptos psicológicos. Por ejemplo, nos pregunta: «¿Qué le replicaríamos a alguien que nos comunica que **en él** la comprensión es un proceso interno? —¿Qué le replicaríamos si dijera que en él el saber jugar al ajedrez es un proceso interno? —Que a nosotros no nos interesa nada de lo que ocurre dentro de él cuando queremos saber si sabe jugar al ajedrez. —Y si él respondiera a esto que justamente sí nos interesa: —a saber, que él sepa o no jugar al ajedrez—, tendríamos que hacerle notar los criterios que nos demostrarían su capacidad, y, por otro lado, los criterios para los “estados internos”» (Wittgenstein, 1988: 423, negritas en el original).

Antes de entrar a analizar en qué habrían de consistir esos «criterios», conviene destacar que Wittgenstein entrecomilla «estados internos» y no lo hace por casualidad, sino, precisamente, porque pretende poner en tela de juicio tal interioridad de nuestros procesos psicológicos. En un párrafo anterior de las *Investigaciones Filosóficas* expone esta idea con toda claridad: «¿Hasta qué punto son mis sensaciones *privadas*? —Bueno, solo yo puedo saber si realmente tengo un dolor; el otro solo puede presumirlo —Esto es en cierto modo falso y en otro un sinsentido. Si usamos la palabra “saber” como se usa normalmente (y cómo si no debemos usarla!), entonces los demás saben muy frecuentemente cuándo tengo dolor —Sí, ¡pero no, sin embargo, con la seguridad con que yo mismo lo sé! —De mí no puede decirse en absoluto (excepto quizá en broma) que *sé* que tengo un dolor. ¿Pues qué querrá decir esto, excepto quizá que *tengo* dolor? No puede decirse que los demás saben de mi sensación *solo* por mi conducta —pues de mí no puede decirse que sepa de ella. Yo *la tengo*» (Wittgenstein, 1988: 221, cursivas en el original).

Por tanto, el punto de partida es que la idea de acuerdo con la cual alguien revela sus contenidos mentales identificándolos en su interior y describiéndolos mediante enunciados es, simplemente, un malentendido. En este sentido, «[...] el enunciado “tengo dolor de muelas” no tiene su fundamento en una especie de examen de mis objetos internos, del mismo modo que el enunciado “hay un limonero en mi jardín” se basa en el examen de los objetos que pueblan el mundo en torno nuestro. “Tengo dolor de muelas” es una declaración sin valor cognitivo alguno» (Valdés Villanueva, 1996: xiv).

Se impone aquí, por tanto, la idea de que no existe algo oculto y de que la clave no está en el interior de los seres humanos, sino en la realidad de nuestro lenguaje y de nuestras

actividades sociales. Los seres humanos no conocemos por introspección nuestros estados mentales. De hecho, ni siquiera podemos hablar aquí de conocimiento (pues tampoco podríamos hablar de ignorancia). Por su parte, el observador externo no infiere los estados mentales de una persona a partir de sus *meras* acciones: el comportamiento humano no representa una evidencia inductiva de los procesos internos, sino uno de sus criterios.

Esta última noción, la de criterio, es, a mi juicio, clave para entender la arquitectura del pensamiento wittgensteiniano. Y esos criterios son, ni más ni menos, aspectos del significado de las expresiones referidas a procesos tenidos por internos que ofrecen una base para la afirmación de dichas proposiciones, suministrando una justificación a tales asertos. Por tanto, los criterios se encuentran en conexión con las nociones de prueba, verificación, conocimiento y otras análogas, lo que no excluye, lógicamente, y esto es relevante, que, en determinadas ocasiones, los criterios sean refutables.

De esta suerte, no es ya que «lo externo» sea el criterio de «lo interno», sino que tal dicotomía no existe. En la medida en que observamos el comportamiento de los demás dentro de la complejísima multiplicidad de nuestra vida en sociedad (y, consecuentemente, de nuestros juegos de lenguaje relacionados con conceptos psicológicos), reconocemos en él las mismas características que identificamos en nuestro propio comportamiento y podemos tener criterios para la adscripción de estados mentales. El ejemplo wittgensteiniano paradigmático es el del dolor: este está caracterizado por la función que desempeña en nuestra vida, de modo que solo llamamos «dolor» a lo que se manifiesta así en ella, a lo que tiene tales conexiones —que reconocemos como criterios de aquel—. Más aún, «[...] solo en el contexto de ciertas exteriorizaciones vitales normales, se da una exteriorización del dolor. Solo en el contexto de determinadas exteriorizaciones vitales todavía mucho más amplias, se da la expresión de la pena, o del afecto, etc.» (Wittgenstein, 1997: §534).

Como ha señalado con toda claridad Marrades Millet, es más que posible afirmar que, de acuerdo con su comportamiento, A está triste, «[...] pero esa conducta de A constituye para mí un criterio de su sentimiento de tristeza, no por las propiedades externas que presenta aisladamente considerada, sino en la medida en que se produce en una situación apropiada (p. ej., tras algún suceso luctuoso), se realiza de un modo característico, aunque difícilmente especificable, y va asociada a otras reacciones y manifestaciones (p. ej., gestos de aflicción, expresiones de consuelo, etc.). Por consiguiente, es el lugar que ocupa tal pauta de conducta en el contexto vital de A lo que la convierte, en ciertas circunstancias, en un criterio de su pena o de su dolor» (Marrades Millet, 1993:108). En definitiva, resume Tomasini Bassols, «[...] la conducta externa y el contexto constituyen los criterios: es en virtud de ellos que se puede introducir el lenguaje de las sensaciones (que se puede jugar dicho juego) y que se determina si el uso de las expresiones de dicho lenguaje es adecuado o no» (Tomasini Bassols, 1988: 71). En virtud de ellos, en suma, la gramática y los juegos de lenguaje de nuestros procesos *internos* cobran el particular sentido que tienen en nuestro mundo.

Ahora bien, podría mantenerse que es bien poco lo que los criterios pueden aportar a una cuestión tan compleja como la de los llamados procesos internos (que es como se suele caracterizar el consentimiento), en la medida en que son refutables, es decir, en la medida

en que no pueden aportar ninguna *certeza* sobre lo que esté sucediendo en el *interior* de una persona. Efectivamente: aunque haya criterios para afirmar que alguien tiene un dolor o que ha consentido una relación sexual, si aquellos son refutables, si no puedo tener la certeza de que así ha sido, ¿de qué nos sirven?

La cuestión radica en que la certeza no es una y absoluta, por así decirlo, sino que «[...] el género de certeza es el género del juego de lenguaje» (Wittgenstein, 1988: 513), de suerte que «[...] puedo estar tan *seguro* de lo que siente el otro como de cualquier hecho. No obstante, no por ello resultan ser las proposiciones “está muy deprimido”, “ $25 \times 25 = 625$ ” y “tengo 60 años de edad” instrumentos semejantes. Es natural la explicación: la seguridad es en cada caso de distinto *género*. —Esta parece señalar una diferencia psicológica. Pero la diferencia es lógica» (Wittgenstein, 1988: 511-513, cursiva en el original). Asimismo, olvidamos que el juego de lenguaje de la duda es también ciertamente peculiar: en particular, que la duda necesita fundamentos (Wittgenstein, ²1991: §458), que la duda presupone el dominio de un determinado juego de lenguaje (Wittgenstein, ²1991: §310-315) y que, si se plantea fuera de un juego de lenguaje o si viene referida a un juego de lenguaje en su conjunto, carece de sentido (Wittgenstein, ²1991: §450). Olvidamos demasiado a menudo, en suma, que la duda presupone certeza (Wittgenstein, ²1991: §115).

Podríamos preguntar: «¿Por qué operamos con conceptos así de extraños y flexibles? «por qué no jugar un juego más simple, basado en pruebas claras y criterios rígidos?» (Johnston, 1998: 205). La respuesta breve es que la flexibilidad de nuestros conceptos concuerda con la diversidad que rige nuestro comportamiento. Unos conceptos rígidamente delimitados —señala Wittgenstein— demandarían uniformidad en el comportamiento (Wittgenstein, 1996b: §682), cuando, por el contrario, «[...] la vida humana es como es: diversa, mudable, impredecible. Como no podemos someterla a disciplina militar, le echamos la culpa a eso tan elusivo que es lo interno» (Valdés Villanueva, 1996: xxviii).

«Un “proceso interno” necesita criterios externos» (Wittgenstein, 1988: 363): con esta frase (en la que, de nuevo, el filósofo austriaco entrecomilla «proceso interno» para hacer ver su sedicente carácter interno) se quiere poner de manifiesto que existen criterios que nos proporcionan una justificación para nuestras atribuciones de estados mentales y esta justificación es, en las circunstancias adecuadas, condición suficiente para sustentar una alioadscripción de estados mentales. Es posible, por tanto, *saber*, teniendo en cuenta la existencia de determinados criterios, cuándo alguien tiene un estado mental, siempre que se tenga claro qué tipo de certeza cabe en este ámbito: una certeza no irrefutable, una certeza cuya aparente fragilidad —lejos de la actitud de rechazo que suscita en quien desee una certeza científica o una seguridad inatacable— esconde algo tan profundo como nuestra propia vida en sociedad y nuestro modo de concebirnos a nosotros mismos y a los otros seres humanos.

Es aquí donde retomo la cuestión del consentimiento: de acuerdo con mi visión del asunto se trata de uno de esos «procesos internos» que Wittgenstein entrecomillaba; es decir, no es en absoluto de un arcano de la mente, sino que existen criterios de adscripción totalmente externos, si bien, como todos los criterios (máxime en un mundo tan profundamente simbólico como el de la sexualidad), no son ni 100 % claros ni irrefutables. Y

me parece, en ese sentido, que la definición que ofrece el artículo 178 del Código Penal se inscribe en esa misma lógica (o, al menos, admite ser pensada en esa línea).

4. ACTOS SUMADOS A CONTEXTO: EL MODELO COMUNICATIVO

En el trabajo arriba citado, Tanya Palmer señala lo siguiente: «Distinguir el sexo de la violación sobre la base del consentimiento contempla un modelo de pregunta y respuesta, en el que una persona establece los términos de la interacción y la otra solo puede aceptarlos o rechazarlos [...] lo restrictivo de esta forma de pensar queda ilustrado por el conocido eslogan feminista “no significa no”, y la variante más reciente, “sí significa sí”. Ambas frases hacen hincapié en el derecho de la mujer a que se respeten sus opciones sexuales y cuestionan una serie de mitos persistentes sobre la sexualidad femenina de una forma rápida y fácil de recordar. Sin embargo, al centrarse en el derecho a dar o negar el consentimiento, estos eslóganes siguen situando a la mujer como la que responde a una pregunta; no consideran que sea la mujer la que pregunta. Tampoco dan cabida a la posibilidad más radical de reciprocidad o coproducción de la experiencia sexual. Como tales, demuestran los límites de la estructura binaria de la participación sexual que presupone el modelo de consentimiento. En realidad, los encuentros sexuales suelen desarrollarse de forma orgánica y mutua» (Palmer, 2017: 14). A renglón seguido, la autora reprocha a la idea de consentimiento su carácter descontextualizador en los siguientes términos: «Centrarse en el consentimiento puede ocultar las circunstancias relevantes en las que tiene lugar la actividad sexual y las razones por las que una persona ha consentido [...] Al mismo tiempo, los estudios feministas y otros estudios críticos que ponen de relieve hasta qué punto las decisiones supuestamente consensuadas están condicionadas por fuerzas sociales y estructurales omnipresentes suelen presentarse de forma reduccionista como una afirmación de que el consentimiento de las mujeres carece de sentido en el patriarcado. Por ello, el contexto relevante para evaluar la validez del consentimiento va más allá de las condiciones circundantes inmediatas en el momento en que se toma una decisión. También incluye la dinámica interpersonal específica de las partes y el telón de fondo de las diversas estructuras sociales, principalmente de género, en las que operan» (Palmer, 2017: 15-16).

Creo que la autora acierta cuando afirma que hay que prestar atención a muchos más elementos que el mero acto de consentir afirmativamente y de modo verbal: ciertamente, como he argumentado antes, consentir no es un acto de asentimiento interior, algo que sucede en una *res cogitans* racional, tras un proceso deliberativo, como tampoco es solo un acto concreto —la expresión verbal «sí»— que suceda en el vacío. El consentimiento tiene criterios y estos criterios no son solo meros actos, sino actos en un contexto. En este sentido, «solo sí es sí», como apunta Palmer, es reduccionista. Ni solo la palabra «sí», como si fuese un voto matrimonial o un hechizo, convierte una agresión sexual en una relación sexual consentida (no hay ese «poder mágico» del que hablaba Hurd), ni el hecho de que se llegue a pronunciar, por sí solo, implica necesariamente un consentimiento ni el hecho de que no se llegue a pronunciar implica la comisión de un delito sexual. Por ello, los

modelos que se proponen desde este sector del feminismo no son consensuales, sino «comunicativos»: no se basan en el consentimiento, sino en el hecho de que haya existido una comunicación positiva entre los intervinientes en la relación sexual. Por ejemplo, Michelle Anderson, una de las proponentes de este modelo, señala que «[...] el consentimiento sugiere que una mujer permite o autoriza las acciones sexuales de un hombre sobre ella. En esencia, consentimiento significa: “ella se lo permitió”. En el modelo del “no”, por ejemplo, “le dejó” hacer cualquier cosa a la que ella no se opusiera verbal o físicamente. Según el modelo del “sí”, “ella le permitió” hacer cualquier cosa que él creyera que ella le había autorizado verbal o no verbalmente a hacer. En ambos modelos, la pregunta legal es: “¿Qué le dejó hacer?”. En lugar de preguntar: “¿Qué le dejó hacer?”, el modelo de negociación pregunta: “¿La persona que inició la penetración sexual negoció con su pareja y llegó así a un acuerdo para que se produjera la penetración sexual?”. Como modelo, trata de maximizar la oportunidad de que las parejas sexuales compartan intenciones, deseos y límites. La negociación se manifiesta como una mutua consulta y expresión de preferencias» (Anderson, 2005: 1422-1423).

Más explícita —y atenta a la dimensión penal del tema— se muestra Patricia Faraldo cuando señala: «El modelo comunicativo recoge mejor que el puramente consensual la forma en que, en la práctica, se expresa la aceptación de una relación sexual: a través de la participación activa, con los intervinientes dirigiendo y conformando de forma fluida lo que se va haciendo, en oposición a un único acto de consentimiento o rechazo de una actividad perfectamente determinada [...] Tiene la ventaja añadida de que centra la atención en el autor: en lugar de preguntar a la víctima si consintió o no, hay que preguntar a la persona que inició el contacto sexual si lo negoció con su pareja llegando a un acuerdo sobre lo que habría de ocurrir, si se habló de la contracepción, si se interesó por lo que le gustaba o ella se lo dijo, si le parecía que disfrutaba o que no lo hacía. Como en el caso del consentimiento afirmativo, cuando no ha habido comunicación alguna, sino solo silencio, hay que presumir que el sexo no es consentido [...] Es responsabilidad de cada una de las partes asegurarse de que la otra ha manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos, conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto sexual» (Faraldo Cabana, 2021: 276-277).

En esa línea se sitúa la definición actual de consentimiento, a los efectos del delito de agresión sexual, contenida en primer inciso del art. 178 del Código Penal que, recuerdo, es la siguiente: «Solo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona». Como se observa, la idea es que el consentimiento (que, de partida, parece considerarse un acto interno) se manifieste, y que esta manifestación se lleve a cabo mediante actos, entendidos en el contexto de las concretas circunstancias dadas. Es decir, se plasma en la definición la misma idea de la que parte la noción wittgensteiniana de criterios a la que dediqué el apartado anterior: sea o no un proceso interno, la atribución de un consentimiento a otra persona se hace con base en criterios. Y estos, por supuesto, han de verse al trasluz de los contextos concretos en que se dan. Y, por supuesto también, nuestra atribución puede ser falible.

Por ello, no considero problemática la definición en sí misma considerada, y me parece perfectamente compatible. Las críticas que se han dirigido contra ella, al menos las más recurrentes, no me convencen: de un lado, el vocablo «actos» al que hace referencia el precepto no necesariamente conduce a considerar que las miradas o los gestos no estén incluidos en la definición (como alerta Álvarez García, 2022: 6-7). Me parece, sinceramente, muy poco discutible que una comunicación no verbal también puede ser expresiva del consentimiento (o de su ausencia, lógicamente). Como señala Patricia Faraldo en el trabajo antes mencionado, «[...] no es necesaria una comunicación verbal, porque la no verbal también es indicativa de la voluntad de las partes, como guiar la mano de la pareja a la zona donde uno quiere que le toquen, sonreír, llorar en silencio o intentar apartar las manos del otro» (Faraldo Cabana, 2021: 277). De hecho, lo usual en las interrelaciones sexuales es la comunicación no verbal: casi tres veces más que el consentimiento verbal explícito (Moyano Muñoz y Granados de Haro, 2021: 425 y bibliografía allí citada).

De otro lado, no alcanzo a ver que la cláusula, en sí misma, constituye una inversión de la carga de la prueba: en este sentido, concuerdo con la Circular 1/2023 de Fiscalía General del Estado cuando señala que «[...] en ningún caso puede entenderse que esta cláusula introduzca una inversión de la carga de la prueba, pues la ausencia de consentimiento constituye un elemento del tipo que debe ser acreditado conforme a las reglas y principios constitucionales inherentes a todo proceso penal. La cláusula analizada se limita a incorporar en el Código Penal una inferencia lógica: si el consentimiento no se manifiesta de forma inequívoca mediante actos que expresen claramente la voluntad de la persona, deberá deducirse que la víctima no consintió. Deducción que, lógicamente, puede ser desvirtuada» (Fiscalía General del Estado, 2023: 16-17). Tampoco alcanzo a ver por qué considerar que la previsión de que todo silencio o pasividad ante un avance sexual es indicio de que no se está consintiendo habría de ser inconstitucional por vulnerar la presunción de inocencia, como afirma Lascuráin Sánchez (2023: 57). Si consta la existencia de una relación sexual y esta es reputada no consentida por la víctima, habrá de realizarse prueba en ambos sentidos siguiendo las reglas procesales comunes. Lo que veta el precepto es considerar como prueba del consentimiento algo que no sea un acto que, en el contexto de los hechos, exprese claramente la voluntad de la persona (y, en particular, considerar el silencio o la falta de oposición como elemento probatorio del consentimiento).

Podrá aceptarse o no la opción político-criminal de tender hacia un modelo comunicativo de consentimiento en el Código Penal y, por ejemplo, señalar que es un modelo maximalista que puede resultar desproporcionado, o incluso que, en realidad, es una suerte de avanzadilla de una versión más dura del consentimiento en la que solo las relaciones sexuales deseadas (y no meramente aceptadas) tengan refrendo legal (así, Malón Marco, 2020: 212 ss.), pero la definición es coherente con el punto de vista adoptado y no creo que se oponga a ninguno de los principios que presiden (al menos en teoría) nuestro Derecho penal. La propuesta legislativa es clara: como indica la Circular 1/2023, «[...] la opción del legislador español, consecuente con el art. 36.2 del Convenio de Estambul, exige apreciar la concurrencia del elemento subjetivo del tipo siempre que el sujeto activo obre sin haber recabado previamente el consentimiento de la persona sobre la que recae la acción típica,

aun cuando esta no hubiera manifestado su oposición en momento alguno, limitándose a mantener una actitud pasiva» (Fiscalía General del Estado, 2023: 22). En suma, excluye como *criterio* de consentimiento la simple no oposición.

Dicho lo anterior, es decir, que la definición de consentimiento del artículo 178 del Código Penal es, naturalmente, susceptible de críticas, pero no, en mi opinión, por razones técnicas o de inconstitucionalidad, sino, sobre todo, por divergencias sobre si es deudora de un modelo de regulación excesivamente duro o exigente, a continuación, expondré cuál es, en mi opinión, el auténtico punto ciego (por así decirlo) de la definición.

5. EL PROBLEMA EPISTEMOLÓGICO: CRITERIOS, VISIONES DEL CONSENTIR Y ERROR

Voy a reconstruir brevemente el *iter* argumental que he recorrido hasta aquí: la Ley Orgánica 10/2022 dio un vuelco a la regulación de los delitos sexuales en nuestro país, incorporando, entre otras previsiones, una definición de consentimiento a estos efectos. Tras analizar las múltiples problemáticas que plantea dicha noción desde diversos puntos de vista, he sostenido que, si una perspectiva del consentimiento entendido como acto puramente interno, puntual y personalísimo del que solo la persona que lo otorga puede dar cuenta (una perspectiva *cartesiana*) debe ser rechazada, puede, en cambio, acogerse de un modo menos problemático una perspectiva —no me atrevo a denominarla, sin más, *wittgensteiniana*, pero sí la estimo emplazada, así sea tendencialmente, en el enfoque del filósofo austriaco— en la que esa sedicente interioridad y privacidad del consentimiento sexual se transmute en criterios externos e intersubjetivos de este. Como sobre cualquier otro proceso de los usualmente tenidos como internos, podemos tener certeza de la existencia o no de un consentimiento tomando como base los criterios de sus actos, en tanto en cuanto reconocemos en los demás (como en un espejo) actitudes, contextos y expresiones que nosotros mismos hemos aprendido en nuestra vida en comunidad como significantes de dicho consentimiento. Eso sí, lógicamente, la adscripción que realizamos a través de criterios es falible, porque el comportamiento humano no es reducible a leyes generales ni se deja atrapar fácilmente por conceptos claros y precisos. Si nos preguntamos por la posibilidad de tener criterios más exactos, habría que responder, con Hacker, «no. No sin un cambio fundamental en nuestra naturaleza» (Hacker, 1990: 284). Por último, esas consideraciones están en línea con la definición que el legislador ha dado al consentimiento sexual en el Código Penal, que supone no ya una incorporación del modelo afirmativo («solo sí es sí») a nuestra legislación, sino, en mi opinión, un paso hacia la introducción de un modelo comunicativo, que es más exigente aún.

Como he señalado antes, la regulación actual ni es absurda ni, en mi opinión, supone vulneración alguna de los principios esenciales del Derecho penal. Cuestión distinta es, como diré más adelante, que pueda ser considerada excesivamente exigente desde la perspectiva punitiva (es decir, que sea un buen punto de partida ético, pero un estándar demasiado duro cuando está en juego una condena penal) o —y aquí quería conducir mi

análisis— que pueda plantear un problema de tipo epistemológico. Esto es: que la definición esté muy bien en la teoría, pero que esa pretensión de claridad y de estabilidad en la comprensión del consentimiento sea derrotada por una práctica demasiado fragmentaria, difusa y equívoca.

Decía Vives Antón que no hay «[...] nada tan tranquilizador como un concepto: parece dar realidad a los “objetos ideales”, como la experiencia la confiere a los materiales» (Vives Antón, 2001: 293). Para resultar totalmente tranquilizador, el Anteproyecto de Ley Orgánica exigía, en el concepto de consentimiento, actos «inequívocos». Pero esa pretensión de borrar toda ambigüedad de los actos, rebajada en la definición que finalmente vio la luz a actos que manifiesten «de manera clara» la voluntad de la persona —que es, por supuesto, la mayor preocupación de la reforma— está condenada de antemano a sufrir muchos sinsabores, a toparse, en suma, con una práctica poco tranquilizadora por dos razones básicas: la que deriva de las propias características de los criterios a las que antes aludí, y la que deriva de la previsible falta de comunicación (y, consecuentemente, de comprensión) en este ámbito.

El primer problema trae causa de que no existen actos que indubitadamente muestren la voluntad de una persona de involucrarse en una conducta sexual. Unos conceptos estables implican unas prácticas estables. Cuando estas se dan, la interpretación de los comportamientos parece obvia. Pero las prácticas (lingüísticas y sociales) «[...] varían y se entremezclan, luchan, desaparecen, son absorbidas o absorben [...] no buscan instancia metafísica alguna a la cual puedan adecuarse, sino que solo en su *praxis* crean sentidos contingentes que pronto son mudados» (Quintana Paz, 2004: 150). Como señala Wittgenstein, «[...] nuestras reglas dejan alternativas abiertas, y la práctica debe hablar por sí misma» (Wittgenstein, ²1991: §139), pero la práctica de la alioadscripción de estados mentales es, de suyo, compleja, máxime cuando se habla de un ámbito tan sensible y pleno de incertezas como el de la sexualidad.

Por supuesto, hay un espacio común básico de entendimiento y, en circunstancias normales, somos capaces de realizar juicios compartidos de la existencia o no de consentimiento. Hay criterios muy poderosos tanto a favor como en contra de la existencia de aquel; pero esas situaciones no son las problemáticas. Las que generan problemas son aquellas en las que entran en juego las comunicaciones más confusas, ambiguas o cambiantes, o aquellas en las que nuestra evidencia de un consentimiento (o de su ausencia) es, por utilizar la denominación del propio Wittgenstein, «imponderable». Así, el filósofo austríaco afirma: «Puedo reconocer la mirada auténtica del amor, distinguirla de la falsa (y naturalmente puede haber aquí también una confirmación “ponderable” de mi juicio). Pero puedo ser completamente incapaz de describir la diferencia» (Wittgenstein, 1988: 521). En efecto, en la práctica ordinaria del juego de lenguaje de la alioadscripción, esas sutilezas de la mirada, del gesto, del tono de la voz, nos sirven para llegar a un convencimiento de los estados mentales de otros aun cuando no podamos explicitar esa evidencia de otro modo más certero. En este sentido, indica Wittgenstein, «[...] digo a alguien que tengo fundamentos o pruebas para esta afirmación, pero que son “imponderables”. Ahora bien, por ejemplo, he visto la mirada que uno ha echado a otro. Y digo: “si tú lo hubieses visto, habrías dicho

lo mismo”» (Wittgenstein, 1996a: §923). Como señala Marrades Millet en el fragmento citado arriba, hay expresiones que se dan de un modo característico, pero difícilmente especificable.

Sin duda, esas sutilezas casan mal con una definición que pretende ser exigente y, mucho peor, en un proceso penal, donde la comunicación es complicada. Como indica —a mi juicio acertadamente— Susan Ehrlich en su monografía sobre narrativas y expresiones lingüísticas en procesos por violación, la coerción institucional en la que ambos (acusado y víctima) se encuentran declarando, hace que su testimonio difiera en su narrativa al que prestarían en otro contexto. Es decir, «[...] fuera de esa configuración institucional, si no estuviesen afectados por las limitaciones ideológicas y discursivas que permean esos contextos (por ejemplo, si estuviesen realizando otro tipo de actividad o práctica social), el hombre que se defiende y la mujer que acusa podrían contar sus narrativas de un modo bastante diferente» (Ehrlich, 2001: 10). Un juicio penal no es, por consiguiente, un contexto de expresión normal y lo que, en un ámbito cotidiano, podríamos afirmar como criterio de consentimiento (o de su ausencia), es posible que sea considerado irrelevante o que, directamente, la persona que ha presenciado ciertos hechos omita por sí misma algunos detalles o los relate de un modo más ajustado a la situación en la que se encuentra.

En suma, es evidente que hay criterios para entender que una relación sexual ha sido consentida o no, pero no funcionan siempre, el contexto no es siempre claro y no tienen por qué ser «ponderables», por usar la terminología wittgensteiniana. Si sumamos a estas dificultades la coerción institucional de la que habla Ehrlich, que provoca que los relatos de las partes y de los testigos en el proceso tiendan a ser encorsetados y virados hacia la consecución de un objetivo (la condena, la absolucón, la mayor precisión posible para no incurrir en falso testimonio, evitar las preguntas sobre aspectos íntimos que no se quieren revelar, etc.), el resultado un panorama comunicativo tendencialmente confuso.

En este sentido, la definición del artículo 178 del Código Penal pretende poner orden en un fenómeno que, de suyo, es sumamente informe, más aún cuando, además, luego deriva en una sucesión de relatos en sede institucional. Por ello, es altamente probable que, en segundo lugar, plantee un problema epistemológico, un problema de comprensión y de mutua inteligibilidad entre quienes interactúan sexualmente.

En efecto, como señala Malón Marco, «[...] cada uno de esos tres planos en los que descomponer el proceso del consentimiento —el estado interno de la mujer, su expresión interna, la interpretación que de ella hace el hombre— y ese cuarto relativo a la interpretación que harían unos hipotéticos observadores externos o jueces *a posteriori*, presenta sus propios problemas que nos pueden llevar a complejas disquisiciones sobre la existencia de la falsa conciencia, las dificultades y errores de la comunicación y el lenguaje, el concepto de culpa y responsabilidad o la influencia de los prejuicios y creencias sociales con las que interpretamos la realidad [...] Toda negociación sexual está sometida, además, a numerosos elementos contextuales, desde los más lejanos de la cultura, hasta los más cercanos de las personas implicadas, que pueden impedir o dificultar una comunicación clara [...] Y si la comunicación puede ser confusa, entonces puede dar lugar a confusiones en el que la tiene que interpretar. El hombre, por su parte, está también influenciado por creencias,

prejuicios y convenciones sociales que no solo le llevan a interpretar de una determinada manera, quizás interesada, el lenguaje de la mujer, sino a gestionar también de un modo imperfecto su propio lenguaje verbal y no verbal, así como las posibles estrategias metalingüísticas que podrían ayudar a ambos a aclarar lo que quieren decir» (Malón Marco, 2020: 72).

Señalaba antes que unos criterios claros implican una práctica que «habla por sí misma», pero que, dada la especial posición que la sexualidad ocupa en nuestra forma de vida, el juego de lenguaje del comportamiento sexual es un terreno minado para obtener líneas maestras que nos ofrezcan la claridad pretendida. Si a ello le añadimos que los roles de género tienen una importancia capital en la percepción de los mensajes cruzados durante el acercamiento sexual, nos encontramos con que hombres y mujeres, heterosexuales y homosexuales, jóvenes y adultos, tenemos distintas visiones del consentimiento, del modo en que este se expresa y, consecuentemente, de los actos de la otra persona que implican el consentimiento. Al respecto, Witmer-Rich sostiene: «Cuando las personas mantienen relaciones sexuales, se comunican entre sí de múltiples maneras. Utilizan un complejo sistema de palabras y conductas. El significado de esas palabras y de esa conducta es muy sensible al contexto social de la comunicación, a la cultura o subcultura en la que se comunican los participantes y a muchos otros factores. Este sistema no es exclusivo del sexo: es la comunicación humana. En muchos encuentros sexuales voluntarios y deseados, las señales de acuerdo son parcial o totalmente no verbales. En algunos casos, esas señales son ambiguas. En otros casos, las señales pueden ser perfectamente claras para las partes en el contexto concreto de su encuentro, aunque en otros contextos esas señales similares no indicarían necesariamente un acuerdo sexual» (Witmer-Rich, 2016: 85-86).

A esto me refería cuando he hecho referencia a la existencia de un problema epistemológico: podemos tener certeza de los estados mentales de una persona a través de los criterios. Cuando estos son claros y compartidos, la duda no surge. Cuando son evidencias imponderables —por usar la terminología de Wittgenstein— o la práctica se aleja de los estándares habituales, la cuestión es más compleja. Cuando, además, estamos en el ámbito de la sexualidad, tan lábil, simbólico, íntimo y confuso, la esperanza de que la comunicación siempre sea nítida se desvanece. Si añadimos, por último, que los roles de género establecen una serie de expectativas, actitudes y preconcepciones sobre el comportamiento sexual distintos para hombres y mujeres, el riesgo de colapso comunicativo es importante. Y este riesgo, además, se produce en perjuicio de las mujeres y, muy probablemente, sin que podamos asumir, sin más, que son dificultades que los hombres no pueden salvar.

Me explico: me parece indiscutible que, como señalaba Malón Marco en el fragmento antes citado, los hombres realizan interpretaciones interesadas del comportamiento de las mujeres a la hora de interactuar con miras a mantener una relación sexual, pero no pretendo señalar que esas diferencias de interpretación sean inevitables o que provengan, de algún modo, de una suerte de «naturaleza de las cosas». Al contrario, me parece muy convincente la posición de Penelope Eckert y Sally McConell-Ginet cuando indican que «[...] lo que a muchos les ha parecido la consecuencia más interesante del modelo de cultura dual —a saber, que los problemas comunicativos entre sexos se derivan de un conocimiento insu-

ficiente de las normas de interacción de la “otra” cultura— parece suponer que las personas ignoran todas las posibilidades de interacción, salvo las predominantes en sus propias subculturas específicas de género, y no realizan elecciones de interacción reales, sino que actúan simplemente como esponjas pasivas que absorben identidades de género. No negamos que la separación de sexos en la infancia pueda dar lugar a la diferenciación de algunos intereses, estrategias y valores sociales en la edad adulta y que dicha diferenciación de sexos pueda pasar desapercibida o que su desconocimiento pueda causar malentendidos. Pero el énfasis en la separación, y la ignorancia resultante, pasan por alto la participación activa de las personas en la reproducción o la resistencia a los roles de género [...] Cuando un hombre interpreta el “no” de una mujer como un “sí”, explota activamente su “comprensión” del estilo femenino como diferente del suyo, como indirecto en lugar de directo. Su lectura es posible no porque su subcultura le haya enseñado a alentar y dar la bienvenida a las insinuaciones sexuales fingiendo su rechazo, sino porque se dice a sí mismo que esa timidez forma parte de la “feminidad”, un modo de ser que considera significativamente diferente del suyo» (Eckert y McConell-Ginet, 1992: 466).

En suma, no se trata de justificar el comportamiento de los hombres que, conducidos por su rol de género, consideran que hay consentimiento donde, en realidad, no lo hay. Su permeabilidad a ciertas ideas sobre el significado de consentir, en perjuicio de la autonomía sexual de las mujeres, no es inevitable ni algo a lo que jurídicamente deba, en mi opinión, dársele relevancia. Con todo, sin embargo, hay que traer a primer plano la cuestión del error, en la medida en que, de hecho, se da con más frecuencia de la que parece. Incluso un autor como Schulhofer, a quien Anderson apoda nada menos que «el arquitecto del modelo de solo sí es sí» (Anderson, 2005: 1405) ha podido señalar que «[...] la comunicación sexual es habitualmente tan indirecta y contradictoria que es un milagro que no se produzcan errores más a menudo. Lo que parece seguro es que la falta de comunicación sobre los deseos sexuales es totalmente habitual. Si tenemos en cuenta el comportamiento real de la gente que nos rodea, los errores sobre el consentimiento, incluidos los errores sobre el significado del “no”, son sin duda frecuentes» (Schulhofer, 1998: 65).

Los problemas comunicativos a los que he aludido antes, por tanto, pueden —de hecho, así lo hacen— conducirnos al callejón del error, a situaciones en las que el hombre cree que hay actos de la mujer que significan un sí y actúa honestamente convencido de ello. Me gustaría ser lo más claro posible en este punto: en absoluto me refiero a que interprete un «no» como algo distinto a lo que, incontrovertidamente, significa un «no», una negativa. Creo que hay que superar el debate que parte de premisa de acuerdo con la cual «los hombres pueden interpretar un “no” como un “sí”». No, no pueden. Ni el significado de nuestras prácticas sociales ni el sentido normal de las palabras avala algo semejante. Tampoco me refiero a las situaciones que muchos autores plantean (lo recurrente del ejemplo me resulta, personalmente, perturbador) de penetrar a tu propia pareja mientras duerme sobre la base de una presunción de consentimiento. No sé qué posible criterio de haber obtenido un sí a una interacción sexual puede incluir a una persona dormida, sea pareja o sea quien sea (y ello con independencia de que vaya a denunciar o no los hechos, y demás disquisiciones al respecto). Tampoco me refiero a las típicas situaciones que suelen usarse

para caricaturizar los roles de género y nuestra mutua comprensión (llevar determinadas prendas de ropa, bailar con una persona, aceptar una invitación para ir a una casa...). Insisto, por más que pueda decirse que estas ideas están extendidas entre los hombres, ninguna de esas hipótesis constituye criterio alguno de consentimiento ni a efectos legales ni a efectos de una posible alegación de error. Sencillamente, el ordenamiento jurídico no debe proteger visiones del consentir (masculinas) que, sin más, justifican la violencia sexual contra las mujeres.

Por el contrario, cuando hablo de un problema de defectuosa comunicación en una determinada interacción en el ámbito sexual —de un problema de comprensión al respecto—, me refiero a aquella zona de penumbra en la que las ambigüedades son muchas o en las situaciones en las que los criterios parecen claros, pero la persona que, podría decirse, está consintiendo de acuerdo con ellos afirma que, de hecho, no ha consentido. Recuértese que la definición del artículo 178 dice que esos «actos», entendidos con el telón de fondo de «las circunstancias del caso», deben expresar de manera clara *la voluntad* de la persona y que, en todo caso, el consentimiento debe haber sido «*manifestado libremente*». Es decir, por dos veces el Código Penal apela a la existencia de un consentimiento interno de la persona: no se trata, por tanto, de una definición puramente objetiva, por así decirlo, según la cual la mera existencia de los actos supondría *iuris et de iure* la existencia del consentimiento. En este caso, como bien observan Díez y García Conlledo y María Trapero, ya no habría una hipótesis de error: «La conducta del sujeto es atípica por deber suponerse existente el consentimiento, aunque real o internamente no exista» (Díez y García Conlledo y Trapero Barreales, 2021: 568). Por tanto, me refiero a esas situaciones en que existen criterios (existen actos, entendidos en las circunstancias del caso, que apuntan a un consentimiento), criterios que, insisto, no son el producto de concepciones unilaterales construidas desde el universo masculino sobre el significado del consentimiento, sino que puedan ser intersubjetivamente compartidos también por las mujeres, y, sin embargo, la víctima afirma (y nada hay que nos lleve a pensar que falsamente) que dicho consentimiento no existía. De un lado, hay base para una alioadscripción del consentimiento y, por otra, una manifestación de la víctima en sentido contrario. Ahí, en ese intersticio, es donde entra en juego el error, pues, por definición, toda buena base para afirmar el consentimiento es una buena base para sustentar una alegación de error si entendemos que aquel, efectivamente, no ha existido.

Voy a valirme de una sentencia reciente, aunque anterior a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, dictada por la Audiencia Provincial de Castelló para ejemplificar cómo los tribunales se dan de bruces con una de dichas situaciones. Se trata de la Sentencia de 6 de abril de 2022 (TOL 9.183.189), cuyos hechos probados transcribo prácticamente en toda su extensión para ofrecer todo el contexto posible (me limito a eliminar alguna referencia que no aporta nada, y a corregir las erratas y faltas ortográficas del texto original):

«En la madrugada del día 4 de agosto de 2019, sobre las 1:30 horas, aproximadamente, cuando el acusado Juan Pablo se encontraba, acompañado de unos amigos, en el interior del recinto donde, en la localidad de Burriana, se celebraba el festival conocido como *Arenal Sound*, coincidieron con otro grupo de personas entre las que se encontraba

Bibiana, entablado conversación con ellos y, particularmente, entre el acusado y Bibiana, que simpatizaron hasta el punto de que, antes de separarse y siguiendo lo acordado, se intercambiaron los teléfonos, haciéndole el acusado una llamada perdida para que le quedara grabado.

En el curso de dicha madrugada, ambos grupos coincidieron en al menos dos ocasiones más, durante las cuales se hizo más evidente la buena sintonía que entre ambos había, a modo de atracción mutua, hasta el punto de que uno de los del grupo que iban con el acusado, les dijo que “ya que hablaban los dos solos, por qué no se iban a la playa”, como dando a entender que allí tendrían más intimidad para lo que quisieran.

Con posterioridad a dichos encuentros y entre las 4:20 horas y las 6:16 horas, entre ambos se hicieron hasta 16 llamadas telefónicas. A consecuencia de esas últimas llamadas, quedaron ambos en verse a continuación en las proximidades de las cabinas de aseos que, debidamente separados los de hombres y los de mujeres, y cerca de las puertas de acceso y salida, estaban instalados en el interior del indicado recinto. Una vez allí, el acusado la invitó a entrar con él en una de las previstas para los hombres, lo que Bibiana, a sabiendas de las intenciones de índole sexual que Juan Pablo le había dejado entrever a lo largo de aquella noche, aceptó, de modo que, una vez dentro, el acusado, pensando que por la atracción mutua que se habían demostrado, por las insinuaciones de tipo sexual transmitidas, y por el hecho de haber aceptado entrar con él donde estaban, que, en este tipo de festivales multitudinarios, suele ser un sitio utilizado por los asistentes para mantener relaciones sexuales, tras quitarse la camisa, fruto de la excitación sexual que tenía, comenzó a manosearla por todo el cuerpo, llegando a meter la mano por la falda pantalón que vestía hasta llegar a su sexo e introducirle los dedos, bajándose luego los pantalones intentando que le hiciera una felación, de lo que desistió al no consentirlo ella, hasta que, en un determinado momento, una vigilante de seguridad que, dado lo avanzado de la hora, estaba controlando que dichas cabinas estuvieran vacías, abrió la puerta, encontrándose al acusado, que es una persona de alta estatura, de espaldas y desnudo, sin llegar a ver a Bibiana y escuchando lo que le pareció un gemido, por lo que pensando que estaban manteniendo relaciones sexuales, cerró la puerta y tocando la misma les pidió que salieran.

Al ser sorprendidos por dicha vigilante, el acusado le puso la mano en la boca diciéndole a Bibiana que no dijese nada, y como no saliesen de inmediato, la vigilante, que estaba esperando a que lo hicieran, volvió a tocar la puerta insistiendo en que lo hicieran, lo que verificaron apenas transcurridos 30 segundos, primero el acusado y luego Bibiana, a quien, para ayudarla a hacerlo, tendió la mano el acusado que fue rechazada por esta, quien se dirigió hacia la vigilante que allí estaba esperando diciéndole “me ha violado”, tras lo que se puso a llorar, lo que provocó que dicha vigilante llamara a sus compañeros, que retuvieron al acusado hasta la llegada de la Guardia Civil».

Lo que acaba de describirse son los hechos declarados probados. La versión del acusado fue idéntica, pero omitió el hecho de que hubiese introducido los dedos en la vagina de la mujer, algo que sí había dicho en instrucción (seguramente, su asistencia letrada quería evitarle una ulterior agravante por introducción de miembros corporales). Declaró que creía que el hecho de que, tras haber estado hablando y viéndose una y otra vez, mediando

insinuaciones sexuales, a lo largo de la noche, ella aceptase entrar en un baño individual con él, máxime cuando había otros baños libres (extremo confirmado por la vigilante de seguridad), era indicio de que consentía y que, de hecho, la mano que le llevó a la boca a ella era porque estaba gimiendo de la excitación y temía que la vigilante los oyese. De acuerdo con la versión de la mujer, ella había quedado con él por error, dado ella estaba convencida de que en todas las llamadas que intercambiaron estaba hablando con otro chico de la misma pandilla. Afirmó que era cierto que entró voluntariamente en la cabina, pero que lo hizo porque pensó que era para que ambos orinaran. Cuando él la empezó a manosear, dijo, «al principio no se lo había tomado muy en serio», pero se asustó cuando le puso la mano en la boca porque ella quería salir.

Pues bien, ahí tenemos, en mi opinión una situación en la que la decisión pasa por los siguientes estadios: el hecho de que ella se hubiese introducido en un baño con él, cuando había otros baños libres, en el contexto de esa noche, ¿es criterio de su consentimiento? ¿Miente, acaso, cuando declara que no pretendía mantener ningún tipo de relación sexual con el acusado? ¿O su composición de lugar de que, en realidad, el acusado quería orinar con ella es razonable? ¿O, con independencia de lo que ella crea o no (pues no la juzgamos a ella), no hay nada —ningún acto— de ella que nos indique consentimiento, dado que entrar en un baño con un hombre en esas circunstancias no es criterio alguno de consentir? Y si la respuesta a este último interrogante es positiva, ¿tiene a su vez él buenas razones para creer lo contrario?

En su decisión, la Audiencia Provincial de Castelló asume esta última línea argumental. En este sentido, el tribunal sostiene lo siguiente: «Esta cuestión es altamente delicada y obliga a estar a las circunstancias concurrentes en el caso, que pasan por repetir lo con anterioridad expuesto, en el sentido de que Bibiana en el curso de aquella noche y desde el primer encuentro, había estado tonteando (digámoslo así) con el acusado, con el que empatizó de forma claramente perceptible, incluso para los amigos de este, quienes les propusieron ir a la cercana playa, como lugar más íntimo para ellos. Igualmente, el número de llamadas cruzadas aquella noche y el hecho de que aceptase a última hora reunirse con él, y, sobre todo, el que a sabiendas de las intenciones sexuales del acusado para con ella, aceptase introducirse con él en una cabina de aseo prevista para caballeros, [...] [cuando] no había necesidad de entrar a orinar juntos, como Bibiana ha mantenido, llevó al acusado al convencimiento de que esta aceptaba introducirse con él para llevar aquellas, de modo que, apenas entraron, el acusado procedió a iniciarlas, llevando a cabo las que se describen en los hechos que se declaran como probados, sin que, hasta que se produjo la interrupción de la referida vigilante de seguridad, que es cuando, como manifestó Bibiana, se asusta de verdad al ver que el acusado le tapaba la boca, podamos tener por acreditado que aquélla le hizo saber de forma suficiente, bien de palabra, bien por gestos inequívocos, su negativa a mantener tales relaciones [...] ausencia de exteriorización bastante de su negativa que sacara al acusado de su error, que también deducimos de su manifestación acerca de que, hasta el momento en que le tapó la boca, no se había tomado muy en serio la actitud del acusado, lo que no parece compatible con una clara e inequívoca negativa. Ciertamente es que la manifestación de la misma a la vigilante de segu-

ridad acerca de que había sido violada, cuando terminaba de conocer al acusado aquella noche y no se ha puesto de manifiesto motivo espurio alguno para referirse de esa manera a lo ocurrido, puede llevar a pensar que lo sucedido no fue deseado por ella. Mas, por todas las circunstancias que rodearon los hechos, a las que hemos hecho mención, desde el punto de vista de un observador imparcial, puede considerarse razonable entender que el acusado, en ese trance, pensara lo contrario y actuara en consecuencia, lo que nos lleva a absolverlo del delito del que se le acusa» (FJ 2).

Como puede apreciarse, la decisión pasa por considerar acreditado el no consentimiento (en la medida en que nada hay en la víctima que lleve al tribunal a sospechar que tiene alguna razón para mentir), pero también que el error del autor es razonable y que un observador imparcial también habría pensado lo contrario. No indica el tribunal si el error es vencible o invencible, pero, al no existir una modalidad imprudente de agresión sexual, el resultado es idéntico: la absolución del acusado.

He elegido este caso porque considero que está en esa zona de penumbra de la que antes hablaba. Creo muy difícil sostener que ella realmente consintió esa relación sexual (de ser así, habría que entender que mintió cuando rompió en llanto y afirmó haber sido violada). Creo también que el comportamiento de ella no fue, inequívocamente, de consentimiento: meterse en una cabina de baño con un hombre con el que se ha *tonteado* —por usar la expresión del tribunal— no es un permiso abierto para que aquel inicie una relación sexual (podría, sin más, haber preguntado si a ella le apetecía —y qué le apetecía—). Por último, y sentado lo anterior, creo que difícilmente puede negarse que, en todo caso, el acusado sí tenía razones para creer que ella consentía. Y esas razones no son las que suelen ponerse como ejemplo de conductas y señales que los hombres interpretan a su modo y que una mujer interpretaría de una manera distinta. Ni el hombre razonable ni la mujer razonable (por usar tanto el estándar usual en el *Common Law* como el propuesto por un sector feminista) podrían sorprenderse de que ella, una vez dentro de la cabina, hubiese mantenido con toda tranquilidad una relación sexual.

Con la regulación actual, tanto del consentimiento como del error de tipo, mi impresión es que situaciones como esta se van a multiplicar: las fricciones entre la claridad pretendida por la definición y el acopio de razones que una persona puede tener para pensar (erróneamente) que la otra consiente van a suponer más de una absolución. Podría decirse que esa posibilidad ya existía con la anterior regulación, pero el estándar actual es más riguroso y exige actos claros. En mi opinión, esta elevación del rigor en la definición (en realidad, la propia existencia de una definición) va a suponer que el error pueda cubrir un espacio de impunidad que quizás los impulsores de la norma no esperaban, convirtiendo alegaciones que antes eran residuales en la defensa por excelencia.

Si se hubiese introducido un tipo imprudente en la regulación de las agresiones sexuales, al menos cabría el recurso a una condena por error vencible, pero, al no haber aquel, lo máximo a lo que la víctima puede aspirar en estos casos es a ver resarcida la responsabilidad civil (artículo 118.2 CP). Así, Lascuraín Sánchez señala que «[...] el legislador debería haber procedido a la cobertura de una importante laguna de nuestro Código Penal: la sanción

de ciertos atentados sexuales imprudentes, los que se derivan de un error vencible del autor [...] No hacerlo nos está llevando a dos consecuencias perniciosas: o bien a la impunidad de conductas altamente reprobables, o bien, aún peor, al intento judicial de evitar lo anterior catalogando como dolo lo que en realidad son imprudencias, con quiebra del principio de culpabilidad» (Lascuráin Sánchez, 2023: 59-60). Este último autor señala, sin embargo, que el error será ahora menos frecuente. Mi hipótesis es la contraria: ahora que hay una definición legal de consentimiento, en los exigentes términos del artículo 178 el campo de aplicación del error va a ser más amplio.

Ciertamente, será la *praxis* la que dirá si estoy en lo cierto y si el error va a ser, al menos durante una temporada, la alegación más exitosa en casos de agresión sexual. También dirá si el ímpetu reformista en esta materia alcanzará a la propia regulación del error, estableciendo requisitos *ad hoc* para su apreciación en delitos sexuales. Así lo hace, por ejemplo, Canadá, en cuyo Código Penal hay una regulación específica de la defensa de error en las agresiones sexuales. Su artículo 153.5 dispone:

«No constituye eximente de una acusación en virtud de este artículo el hecho de que el acusado creyera que la persona denunciante consintió la actividad que constituye el objeto de la acusación si

- (a) la creencia del acusado surgió de
 - (i) la intoxicación autoprovocada por el acusado,
 - (ii) la imprudencia temeraria o la ceguera deliberada del acusado, o
 - (iii) cualquier circunstancia mencionada en la subsección (3) o (4) o 265 (3) en la que no se obtiene el consentimiento [abuso de poder, víctima privada de sentido, expresión de una negativa, etc.];
- (b) el acusado no adoptó medidas razonables, en las circunstancias que conocía en ese momento, para cerciorarse de que el denunciante estaba dando su consentimiento; o
- (c) no hay pruebas de que el consentimiento voluntario del denunciante a la actividad se expresara afirmativamente mediante palabras o se manifestara activamente mediante una conducta».

Esta regulación del error, que exige al acusado dar pasos razonables para cerciorarse del consentimiento de la otra persona, es, sin duda, más exigente que la de nuestro Código Penal, que alude, simplemente, a la existencia de dicho error, a las circunstancias del hecho y a las personales del autor. Por otra parte, como puede apreciarse, el consentimiento afirmativo se recoge en materia de error, lo que demuestra, a mi juicio, la estrecha relación entre la definición de consentimiento y la institución del error, pues, en realidad, el consentimiento y sus criterios distan mucho de ser elementos que puedan ser apreciados, definidos y comprendidos de un modo claro e inequívoco.

Parca victoria parece para una ley, en todo caso, que el fenómeno que pretende combatir se acabe dirimiendo en materia de error (o, en su día, limitando las posibilidades de alegación de este).

6. CONCLUSIONES: EL CONSENTIMIENTO COMO CONCEPTO DE TRANSICIÓN Y LA PEDAGOGÍA SOCIAL A TRAVÉS DEL DERECHO PENAL

En el trabajo antes mencionado de Witmer-Rich, el autor señala: «Una dificultad fundamental y permanente, especialmente en los casos de violación por parte de un conocido, es dirimir las disputas sobre el significado de los diversos signos o señales en un contexto social determinado. El consentimiento afirmativo ni soluciona ese problema ni lo mejora. El consentimiento afirmativo requiere que haya una señal, en lugar de basarse únicamente en la ausencia de cualquier señal. Pero, en la mayoría de los casos, el problema más importante no es determinar si existe “una señal”, sino determinar qué significan —si es que significan algo— las distintas señales en un contexto social determinado» (Witmer-Rich, 2016:86).

A lo largo de este trabajo he sostenido que este problema —determinar el significado de los actos que una persona ha llevado a cabo en un contexto sexual y, sobre todo, el problema derivado de llegar a considerarlos como claramente expresivos de la voluntad de la persona— se produce porque hay criterios para realizar esa labor, pero no todos son claros, y porque todo proceso comunicativo que tiene por objeto el ámbito de la sexualidad presenta importantes condicionantes derivados de los roles de género. Si a ello le sumamos los problemas que la propia noción de consentimiento plantea y el hecho de que todo ello lo vamos a dirimir en los angostos términos de un proceso penal, nos encontramos con un panorama en el que la pretensión de los impulsores de la ley de «poner el consentimiento en el centro» se convierte en un terreno minado.

Pero, quizás, como sostiene Veatch, el consentimiento sea, en realidad, un concepto «[...] de transición hacia un modelo conceptual totalmente revisado» (Veatch, 1995: 5) y la aspiración no sea solo mejorar la situación de la violencia sexual en el actual contexto social, sino también mirar hacia el futuro y hacer una labor pedagógica. Quizás, en suma, se está fiando a la ley «[...] cambiar toda una cultura sexual, con sus valores, creencias, símbolos, relatos, estereotipos, actitudes, emociones, costumbres, identidades, etc.» (Malón Marco, 2020: 225). Así, Patricia Faraldo sostiene que «[...] el modelo del consentimiento afirmativo en materia sexual cumple, en suma, una función de pedagogía social» (Faraldo Cabana, 2021: 275).

El hecho de que se incida en la pedagogía evidencia que, de hecho, hay un problema de base en (al menos una parte de) las interacciones sexuales de nuestra sociedad. Es decir, si se ha creído necesario modelar una definición de consentimiento sexual revestida de las exigencias ya vistas es porque se parte de la premisa de que la cultura actual de los contactos sexuales —o, al menos, de los que conciernen a las mujeres— está llena de situaciones en las que aquellas sufren, de un modo u otro, atentados contra su libertad sexual. Esto, en mi opinión, es así, como también es cierto, y así lo señala el preámbulo de la Ley Orgánica 10/2022, que «[...] las violencias sexuales no son una cuestión individual, sino social; y no se trata de una problemática coyuntural, sino estructural, estrechamente relacionada

con una determinada cultura sexual arraigada en patrones discriminatorios que debe ser transformada».

Pero, precisamente por ello, cuando se eleva el estándar de consentimiento, entra en juego la posibilidad de error. Es decir, precisamente por ese arraigo de ciertas ideas, cabe la posibilidad de que haya situaciones de error subsumibles en el artículo 14 del Código Penal, lo que puede suponer un modo de hacer decaer la responsabilidad penal —máxime cuando, incluso el error vencible (a falta de una modalidad imprudente de agresiones sexuales), conduce a la absolución—. Por ello, quizás el futuro nos depare alguna reforma de la propia aplicabilidad del error a las agresiones sexuales. O, sencillamente, el proceso penal (acabe en absolución o no, con pago de responsabilidad civil o no) ya sea suficiente para desplegar esa finalidad de pedagogía social antes aludida.

Sin embargo, el intento de solucionar a través del Derecho penal un problema tan profundo me parece que corre el riesgo de cosechar un doble fracaso: el jurídico, en la medida en que una regulación como la actual pueda ser una puerta para la regulación de modelos aún más exigentes que puedan (ahí sí) entrar en contradicción con principios penales básicos, y el estrictamente pedagógico-sexológico, por cuanto, como dice Malón Marco «[...] no se puede combatir un fenómeno social amplio y complejo con un cambio minúsculo y seguramente inviable en la forma en que las personas deben expresar, comunicar e interpretar su voluntad» (Malón Marco, 2020:225). Lo que no es óbice, añadiría yo, para que un cambio legal, sobre todo cuando se le da el altavoz mediático que se le ha dado, pueda, aunque sea mínimamente, contribuir a ello.

Estamos, en conclusión, en un momento de tránsito, de mutación de un paradigma que, seguramente, no sea el más exigente que vayamos a conocer. Jurídicamente, ese espacio entre la situación esperada y la situación actual va a ser, en mi opinión, cubierto en muchos casos por el manto del error. Y sería injusto con la Ley Orgánica 10/2022 decir que solo plantea como solución el recurso a la sanción penal. La norma es mucho más que eso, y las medidas de prevención, sensibilización y formación que prevé van, en mi opinión, en la dirección correcta. Es más, creo (incluso espero) que quien lea los trabajos que se han escrito en los últimos tiempos sobre este tema se sorprenderá de algunos de los debates que hemos tenido, como a veces nos sorprendemos de algunas previsiones del Derecho penal histórico.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (2022): «La libertad sexual en peligro», *Diario La Ley*, 10.007.
 ANDERSON, Michelle (2005): «Negotiating Sex», *Southern California Law Review*, 78, 1401-1438.
 BERGELSON, Vera (2014): «The meaning of consent», *Ohio State Journal of Criminal Law*, 12, 171-180.
 CHAMALLAS, Martha (1988): «Consent, equality and the legal control of sexual conduct», *Southern California Law Review*, 61 (4), 777-862.
 DÍEZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y María TRAPERÓ BARREALES (2021): «¿Razones válidas para la reforma de los delitos sexuales?», en D.M. Santana Vega, S. Fernández Bautista, S. Cardenal Mon-

- traveta, D.I. Carpio Briz y C. Castellví Montserrat (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal: libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, Barcelona: Atelier, 545-570.
- ECKERT, Penelope y Sally MCCONELL-GINET (1992): «Think practically and look locally: language and gender as community-based practice», *Annual Review of Anthropology*, 21, 461-490.
- EHRlich, Susan (2001), *Representing rape: language and sexual consent*, Londres-Nueva York: Routledge.
- FARALDO CABANA, Patricia (2021): «Solo sí es sí»: hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación», en M. Acale Sánchez, A. Miranda Rodríguez y A. Nieto Martín (coords.), *Reformas penales en la península ibérica: a jangada de pedra?*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 265-281.
- HACKER, Peter Michael Stephan (1990), *Wittgenstein: meaning and mind. (vol. III of an analytical commentary on the Philosophical Investigations)*, Oxford / Cambridge: Basil Blackwell.
- HURD, Heidi M. (1996), «The moral magic of consent», *Legal Theory*, 2(2), 121-146.
- (2005), «Blaming the victim: a response to the proposal that Criminal Law recognize a general defense of contributory responsibility», *Buffalo Criminal Law Review*, 8, 503-522.
- ILLOUZ, Eva (2020), *El fin del amor: una sociología de las relaciones negativas*, Buenos Aires-Madrid: Katz.
- JOHNSTON, Paul (1998), *Il mondo interno: introduzione a la filosofia della psicologia di Wittgenstein*, Firenze: La Nuova Italia.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (2023), «Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento», en J. R. Agustina Sanllehi, *Comentarios a la ley de "solo sí es sí"*, Barcelona: Atelier, 51-62.
- MacKINNON, CATHARINE (1989): *Toward a feminist theory of the State*, Cambridge: Harvard University Press.
- (2016), «Rape redefined», *Harvard Law and Policy Review*, 10, 431-477.
- MALÓN MARCO, Agustín (2020), *La doctrina del consentimiento afirmativo*, Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi.
- MARRADES MILLET, Julián (1993), «Gramática y naturaleza humana», en V. Sanfélix Vidarte (ed.), *Acerca de Wittgenstein*, Valencia: Pre-Textos, 97-112.
- MOYANO MUÑOZ, Nieves y Reina GRANADOS DE HARO (2021): «Consentimiento sexual, concepto y evaluación: marco introductorio», en N. Martínez Pérez, E. Hernández Martínez, J.C. Suárez Villegas y P. Panarese (eds.), *Cartografía de los micromachismos: dinámicas y violencia simbólica*, Madrid: Dykinson, 423-433.
- PALMER, Tanya (2017): «Distinguishing sex from sexual violation: consent, negotiation and freedom to negotiate», en A. Reed y M. Bohlander, *Consent: domestic and comparative perspectives*, Abingdon: Routledge, 2017, 9-24.
- QUINTANA PAZ, Miguel Ángel (2004): «De las reglas hacia la X: racionalidad, postmetafísica y retórica entre Wittgenstein y Vattimo», *Thémata*, 32, 2004, 135-157.
- SCHULHOFER, Stephen (1998): *Unwanted sex: the culture of intimidation and the failure of law*, Cambridge: Harvard University Press.
- TOMASINI BASSOLS, Alejandro (1988): *El pensamiento del último Wittgenstein*, México D.F.: Trillas.
- VALDÉS VILLANUEVA, Luis Manuel (1996): «Estudio preliminar» a Wittgenstein, Ludwig (1996b), *Últimos escritos sobre filosofía de la psicología*, vol. II, Madrid: Tecnos.
- Veatch, Robert (1995): «Abandoning informed consent», *Hastings Center Report*, 25, 5-12.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (2001): «Apología del delito, principio de ofensividad y libertad de expresión», en L.M.^a López Guerra (coord.), *Estudios de Derecho Constitucional: homenaje al profesor D. Joaquín García Morillo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 279-294.
- WERTHEIMER, Alan (2003): *Consent to sexual relations*, Cambridge: Cambridge University Press.
- WITMER-RICH, Jonathan (2016): «Unpacking affirmative consent: not as great as you hope, not as bad as you fear», *Texas Tech Law Review*, 49, 57-88.
- WITTGENSTEIN, Ludwig (1988), *Investigaciones filosóficas*, Barcelona: Crítica.
- (1991), *Sobre la certeza*, Barcelona: Gedisa.

- (1996a), *Últimos escritos sobre filosofía de la psicología*, vol. I, Madrid: Tecnos.
- (1996b), *Últimos escritos sobre filosofía de la psicología*, vol. II, Madrid: Tecnos.
- (1996c), *Aforismos: cultura y valor*, Madrid: Espasa Calpe.
- (1997), *Zettel*, México D.F.: Ediciones de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Fecha de recepción: 1 de abril de 2023.

Fecha de aceptación: 6 de mayo de 2023.

LA PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO PENAL DE LA VÍCTIMA MENOR DE EDAD.
EL EJERCICIO DE LA DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR
*THE PARTICIPATION IN THE CRIMINAL PROCEEDINGS OF THE MINOR VICTIM.
THE EXERCISE OF THE DISPENSATION OF THE OBLIGATION TO TESTIFY*

Jesús Bonilla

Letrado de la Administración de Justicia

RESUMEN

Las últimas reformas procesales obligan al análisis de la actuación en el proceso penal de la víctima cuando se trata de una persona menor de edad. Su capacidad para declarar, la aportación de datos al proceso y su participación directa son cuestiones que no se deben equiparar. ¿A qué edad es capaz el menor de aportar información fiable al proceso penal? ¿qué método debe seguirse para comunicarse con un menor? La ciencia de la psicología nos dice que, a partir de los tres años, y a través de un experto con un método especial, una persona puede aportar información fiable al proceso. Además, esta capacidad no debe confundirse con el ejercicio de derechos, con una participación en el proceso, lo que exige una cierta madurez por parte de la víctima. Esto último nos conduce al estudio del ejercicio de la dispensa de la obligación de declarar en el proceso penal, ya sea por el menor, si tiene madurez, como por sus progenitores, si no la tiene, y sus consecuencias. ¿Cómo y quién valora la madurez? ¿Qué sucede si la capacidad para entender el alcance de su declaración surge en la fase de juicio de forma dispar a la ejercitada por el representante legal? ¿Puede el menor acogerse en esta fase a la dispensa cuando había renunciado a su derecho en la fase de investigación?

PALABRAS CLAVE

Menor de edad, proceso penal, capacidad del menor para declarar, dispensa de un menor a la obligación de declarar.

ABSTRACT

The latest procedural reforms make it necessary to analyze the actions of the victim in criminal proceedings when the victim is a minor. Their capacity to testify, the provision of information to the process and their direct participation are issues that should not be equated. At what age is a minor capable of providing reliable information to criminal proceedings? What method should be used to communicate with a minor? The science of psychology tells us that provided that the minor is at least three years old, and the interrogation is conducted by an expert applying an appropriated method, then the information obtained should be considered reliable. Moreover, this capacity should not be confused with the exercise of rights, with active participation in the process, which requires a certain maturity on the part of the victim. The latter leads us to the study of the exercise of the exemption from the obligation to testify in criminal proceedings, both by the minor, if he or she is mature, and the possible exercise by his or her parents, if he or she is not, and its consequences. How and by whom is maturity assessed? What happens if the capacity to understand the scope of his or her statement arises in the trial phase in a different way to that exercised by the legal representative? Can the minor avail himself or herself of the waiver in this phase when he or she had waived his or her right in the investigation phase?

KEY WORDS

Minor, criminal proceedings, capacity of the minor to testify, waiver of a minor from the obligation to testify.

LA PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO PENAL DE LA VÍCTIMA MENOR DE EDAD. EL EJERCICIO DE LA DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR

Jesús Bonilla

Letrado de la Administración de Justicia

Sumario: 1. Planteamiento. 2. De la capacidad del menor para ser oído y su derecho a participar en el proceso penal. 2.1. La capacidad del menor-víctima para ser testigo. 2.2. El derecho de la víctima menor a participar en el proceso. 3. La dispensa de la obligación de testificar del art. 416 LECrim con relación al menor de edad. 3.1. Fundamento de la dispensa de la obligación de declarar. 3.2. Ejercicio de la dispensa por parte de la víctima menos de edad. 3.2.1. La madurez como requisito de la dispensa. 3.2.2. Problemas que plantea el requisito de la madurez. 3.2.3. La dispensa en los supuestos en los que el menor carece de la madurez suficiente. 3.2.4. Casos en los que el menor ha aceptado declarar durante el procedimiento. 4. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

1. PLANTEAMIENTO

La LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, volvió a incidir en la protección de unas víctimas muy concretas: las personas menores de edad, y modificó la ley procesal penal con la intención de materializar esta tutela en el ámbito del proceso. Esta reforma constituye una oportunidad para analizar, en primer lugar, la capacidad del menor para ser testigo en el proceso penal, su aptitud para suministrar información sobre los hechos y, en segundo lugar, el derecho del menor a participar en el proceso penal. Se trata de cuestiones completamente diferentes que no pue-

den ser objeto de un tratamiento unitario. Es preciso determinar, de una parte, si la edad influye de alguna manera en esta capacidad de aportar información al proceso —es decir, si existe una capacidad natural de la persona— o si, por el contrario, la edad es un factor relevante para excluir a una persona a la hora de prestar declaración porque no cumple los requisitos necesarios para aportar una información fiable. De otra parte, las leyes no han dejado de ampliar la capacidad de actuación del menor: nuestro legislador es un firme partidario de atribuir facultades al menor para la gestión de sus intereses en atención a su grado de madurez. La consecuencia de esta ampliación es una posible de participación directa de la persona menor de edad en el proceso penal cuando tiene un cierto grado de madurez.

Común a ambas cuestiones es el trato que debe dispensarse al menor en el proceso. Debe tenerse en cuenta que el hecho de proporcionarle unas habilidades necesarias para afrontar con unas mínimas garantías su andadura por las dependencias judiciales no forma parte de nuestra cultura procesal. De ahí la importancia del auxilio de expertos para solventar ambas cuestiones.

Además, su participación en el proceso conduce al ejercicio de la posibilidad de dispensa de la obligación de declarar. Esta cuestión había generado una falta de unanimidad en nuestros tribunales, de modo que la responsabilidad de concretar los supuestos fue asumida por legislador. En lo que respecta al menor, el legislador exige el requisito de la madurez, siguiendo una postura jurisprudencial consolidada, si bien en ocasiones, en atención a la edad y contexto, la determinación de la madurez se torna difícil. ¿Quién y cómo debe valorar si un menor es capaz a efectos de la dispensa? Además, junto con la edad, puede haber otros factores relevantes como el tipo de delito. Es más, la prolongación del proceso en el tiempo posibilita que durante la tramitación de la causa el menor adquiera la madurez exigida o que se pretenda ejercitar la dispensa en el acto del juicio cuando esa opción había sido rechazada durante la fase de investigación. Incluso cuando no se aprecie madurez, habrá que determinar si el ejercicio de la dispensa puede ser ejercitado por los progenitores.

2. DE LA CAPACIDAD DEL MENOR PARA SER OÍDO Y SU DERECHO A PARTICIPAR EN EL PROCESO PENAL

2.1. LA CAPACIDAD DEL MENOR-VÍCTIMA PARA SER TESTIGO

Nuestro sistema procesal penal parte del principio de presunción de inocencia proclamado en el art. 24.2 CE, un principio de carácter estructural que lleva aparejadas una serie de exigencias en el proceso: que exista una prueba de cargo, que esa prueba haya sido obtenida con las garantías que establecen tanto la Constitución como las leyes procesales, que esa prueba de cargo sea suficiente y lícita, y que tal prueba haya sido razonada dentro del cuadro probatorio en su conjunto¹. En ausencia de todos estos requisitos, no puede haber una sentencia condenatoria, dado que no existe una prueba de cargo hábil y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia².

Además, en materia de prueba hay que partir de un axioma: para nuestros tribunales, la declaración de la víctima es una prueba hábil para enervar la presunción de inocencia, incluso aunque sea la única prueba existente, supuesto que se da en aquellos delitos que se llevan a cabo en lugares aislados buscados de propósito o en los que difícilmente puede haber testigos³. La cuestión, por tanto, es determinar si, en nuestro proceso penal, el testimonio de la víctima, aunque sea menor, es suficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

La respuesta es afirmativa. En nuestro sistema penal, testigo es toda persona física con capacidad para percibir y para dar razón de lo que percibe. Esta caracterización marca una diferencia relevante respecto al sistema procesal civil; en el proceso penal no existe un sistema de incapacidades legales ni de tachas de testigo. El art. 417 LECrim se limita a establecer quiénes no podrán ser obligados a declarar en calidad de testigos, y el art. 449 ter del mismo texto legal da carta de naturaleza a lo dispuesto en el art. 26 EVD (Estatuto de la víctima del delito), es decir, las cautelas para recibir la declaración a las víctimas menores de edad⁴. Para nuestro legislador, la edad no es, por sí sola, un obstáculo para que una persona declare como testigo en el proceso penal. Se exige, simplemente, que la víctima-testigo esté en condiciones de transmitir al juez o tribunal información sobre unos hechos basados en sus percepciones sensoriales.

No obstante, en los supuestos en que la edad de la víctima-testigo menor de edad es muy baja, su testimonio es analizado de manera especial, pues nos hallamos ante un testimonio lineal, ausente de valoración y de racionalización previa, con limitaciones propias de la edad tanto en el lenguaje —entre ellas, un vocabulario reducido y unas construcciones gramaticales simples— como en el razonamiento⁵.

El estudio y la decisión sobre este tipo de capacidad son distintos a los que conciernen a la capacidad de experimentar sentimiento de culpa, a la capacidad para expresar emociones, a la capacidad moral, etc. De lo que se trata aquí es de analizar si el menor está en condiciones de aportar datos relativos al objeto del proceso. El examen de su desarrollo cognitivo debe limitarse a la posibilidad objetiva de aportar información⁶. Con relación a la niñez⁷, la psicología nos dice que el avance cognitivo en su lenguaje hace que sean aptos para ser considerados como transmisores de información, y sitúa la capacidad para aportar información sobre los hechos en el tramo comprendido entre los tres y cinco años. Es a esta edad cuando se desarrolla una memoria episódica y se crea una capacidad de codificación, dos elementos necesarios para poder transmitir un relato⁸. No obstante, debe tenerse en cuenta otro parámetro, a saber, que de los niños/as son sugestionables: entre los tres y cinco años la posibilidad de sugestionarlos/as es muy alta, entre los cinco y los nueve es alta y entre los nueve y los doce es baja⁹.

La Circular 3/2009, de la Fiscalía General del Estado, sobre protección de los menores víctimas y testigos, sitúa en tres años la edad límite para el testimonio infantil. La razón estriba en que, por debajo de esa edad, hay factores como la falta de capacidad para utilizar adecuadamente el lenguaje y para la fijar los datos, así como la posibilidad de que sean fácilmente sugestionables que dificultan notablemente la obtención de información fiable.

Cuestión distinta será la valoración de la información aportada, es decir, lo que se denomina la credibilidad subjetiva en atención a esas circunstancias personales, entre las que debe incluirse la edad de la víctima-testigo, pues la credibilidad subjetiva también tiene que ver con su capacidad física y psíquica para percibir lo que posteriormente es narrado¹⁰. Factores como el miedo, la ansiedad, el temor a una posible venganza, el sentimiento de culpa, el temor al enfado o la tendencia a la búsqueda de aprobación, entre otros, deben tenerse en cuenta en este tipo de declaraciones. Estas circunstancias, junto con la capacidad de percepción, la codificación de datos, la memoria y la expresión deben atemperarse para adaptar el testimonio de un niño/a de tan corta edad. A ello hay que añadir el estrés que genera en el niño/a debido al paso por los tribunales. Normalmente, todos estos factores no solo reducen la capacidad de la víctima para aportar información, sino también la calidad de su relato¹¹.

Precisamente porque la cuestión aquí abordada es la posibilidad de que una persona menor de edad que tiene la condición de testigo-víctima aporte información al proceso penal, en el ámbito de la UE está admitida esta capacidad del menor como una capacidad natural¹². En Europa, el cuidado de la víctima-menor se considera un valor de la justicia, por lo que debe universalizarse, dado que lo que es positivo desde el punto de vista ético debería ser percibido de igual manera en cualquier país de la Unión.

Ahora bien, el hecho de que esa persona menor esté en condiciones de aportar información implica que el Estado debe adoptar todas las medidas que sean precisas para evitar un sufrimiento emocional a la víctima menor. No pueden admitirse insuficiencias procesales en este sentido. La víctima ya ha sufrido un daño como consecuencia del delito que ya es inevitable: lo que puede y debe evitarse es que su sufrimiento sea el resultado de las deficiencias institucionales. Solo el derecho de defensa tiene entidad para marcar líneas rojas en esa protección. Su paso por el proceso no puede verse como tributo a la imposición de una pena al culpable. Por esta razón, el proceso penal debe tratar de garantizar la estabilidad emocional de la víctima-menor a la hora de aportar información, respetando el derecho de defensa.

Las dificultades para conseguir la información, la fragilidad del sujeto y de su testimonio y complejidad para evaluar su declaración hacen preciso un método y un tipo de análisis que escapan a los juristas, ya que se precisan unos saberes sobre las ciencias del conocimiento que aquellos no poseen¹³. El art. 449 ter LECrim ya plantea la posibilidad de recurrir a expertos en una prueba, todavía testifical, para que elaboren un informe que dé cuenta del desarrollo y resultado de la audiencia del menor.

Dadas las condiciones subjetivas de la edad de la víctima, lo que se propone en estas líneas es la objetivación de esta prueba, ahora testifical, mediante la presencia, directa o indirecta de las partes, de una pericial en la que un psicólogo forense, dotado de unos conocimientos especiales en la comunicación, escuche e interprete los silencios aplicando una metodología y unos criterios científicos, y que, en atención a la vulnerabilidad de la víctima y rendimiento de la prueba, no solo obtenga información relacionada con el objeto del proceso, sino que elabore un informe científico de valoración. Esto supone abandonar

el interrogatorio tradicional y transformarla en una prueba pericial, que es una diligencia más científica y neutra.

Mediante este tipo de prueba, se conseguirían mejores resultados. En favor de esta posibilidad cabe aducir dos razones. En primer término, el proceso penal no puede vivir al margen de los avances tecnológicos y científicos. La búsqueda y aplicación de nuevos métodos de investigación vinculados a esas nuevas tecnologías en la regulación procesal de las diligencias de investigación procedente de un texto del siglo XIX así lo exige. De esta forma, se conseguiría evitar de manera más adecuada la victimización secundaria de la víctima menor, que ni tan siquiera tendría que pasar por las dependencias judiciales. En segundo lugar, el rendimiento de la prueba, ahora pericial, sería mayor. La alta capacitación, tanto por sus conocimientos específicos como por su experiencia, así como los principios por los que se rigen estos profesionales —neutralidad, objetividad y honestidad— hacen que esta prueba y sus informes, basados en estándares científicos, sea un método de investigación en el que se debe seguir avanzando e investigando en busca de una mejora en la fiabilidad, mucho mayor a la del interrogatorio tradicional¹⁴.

Pero la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, no solo la contempla protección de las víctimas menores de edad, sino también su derecho a que no sean excluidos del proceso basándose únicamente en su edad. Es más, establece la obligación de los Estados miembros de garantizar la posibilidad de que la víctima sea oída y, cuando es menor, el art. 10 prevé que debe tenerse presente su edad y madurez. Es el derecho a su participación de forma activa en el proceso penal.

2.2. EL DERECHO DE LA VÍCTIMA MENOR A PARTICIPAR EN EL PROCESO

La citada Directiva ha sido plasmada en nuestro EVD —con carácter general, en el art. 3.1, y, de forma específica, en el Título II (arts. 11 ss.)—. No es propio que un Estado social moderno que se vanagloria de respetar los derechos fundamentales se muestre indiferente con los más vulnerables, los menores, abandonándolos a su suerte. El EVD establece unos criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de comunicarse con las víctimas por motivos de la edad, pero también, sin distinción, apuntala el derecho de las víctimas a participar de manera activa en el proceso penal. Por tanto, la víctima, con independencia de su edad, tiene el derecho a participar de manera activa en el proceso penal, y serán sus representantes quienes aseguren que en esa participación se le protege de una manera adecuada (art. 4 EVD); es más, en los casos en los que la persona menor de edad tenga suficiente juicio, podrá ejercitar por sí misma sus derechos personales.

Por el solo hecho de ser menor de edad, la víctima no puede tener una peor posición a la hora de ejercitar sus derechos y defender sus intereses, supuesto que vulneraría todos los principios y las regulaciones referidas a la protección de los menores. Esto no significa que no deba contar con los apoyos necesarios para un ejercicio eficaz y en condiciones de igualdad. Un Estado social y democrático como el nuestro tiene el deber de realizar

los ajustes procesales precisos para que las personas menores de edad puedan acceder a la Justicia y participar en las mismas condiciones que los demás¹⁵. El dolor y el sufrimiento causado por las instituciones no deben motivar que la víctima rechace su participación en el proceso. Por el contrario, lo que debe procurarse es la eliminación de ese dolor y sufrimiento institucional.

Precisamente, para ejercitar sus derechos de manera adecuada a su edad y para que sea capaz de comprender la actuación que está llevando a cabo en el proceso, debe haber personas que le ayuden. Son facilitares, especialistas encargados de transmitir el apoyo necesario para que los menores que participan en el proceso lo hagan en condiciones de igualdad, lo que constituye no solo una garantía para este tipo de víctimas que genera una sensación de seguridad, sino también para el propio proceso, en la medida en que contribuye a la realización de cualquier diligencia que se lleve a cabo con la persona menor, al rendimiento de la prueba, y a la seguridad y tranquilidad que brinda al resto de los operadores jurídicos que intervienen¹⁶.

La instauración en la práctica y los fines del proceso de un mejor trato a la víctima no solo requiere una buena regulación legal, sino también la detección de la situación concreta de cada persona, por edad, circunstancias personales, naturaleza del delito, efectos del delito en la víctima, contexto familiar y social, etc., para abordar de manera adecuada cada situación y decidir si la víctima menor de edad está en condiciones de ejercitar los derechos personales que le atribuye el procedimiento y comprender su alcance.

El corolario del derecho a la participación directa en el proceso penal por parte de las víctimas menores que tengan determinadas condiciones de madurez es la posibilidad de ejercer del derecho a la dispensa de la obligación de declarar, previsión regulada en el art. 416 LECrim que ha sido objeto de nueva redacción por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

3. LA DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN DE TESTIFICAR DEL ART. 416 LECRIM CON RELACIÓN AL MENOR DE EDAD

3.1. FUNDAMENTO DE LA DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN DE TESTIFICAR

De acuerdo con el art. 24 *in fine* de nuestra Carta Magna, la ley regulará los casos en los que, por razón de parentesco, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. Es, por tanto, en la propia Constitución donde surge este derecho, cuyo contenido ha sido desarrollado por el legislador en el art. 416 de la LECrim, que regula la dispensa de la obligación de declarar. Mediante esta obligación, el ciudadano participa y colabora con la Administración de Justicia a la hora de esclarecer los delitos, pues, en principio, todos los ciudadanos tienen el deber de colaborar con la Administración de Justicia (arts. 410 y art. 707.1 LECrim).

Ahora bien, en determinadas situaciones, entre ellas existencia de unos vínculos familiares estrechos, y en las que existen unos valores sociales de carácter familiar —entendidos

como reglas de conducta que orientan a los miembros de una familia hacia una convivencia armónica y equilibrada y que son propugnados por la comunidad social, tales como solidaridad, protección, afectividad, compromiso, respeto, confidencialidad, complicidad, reserva, etc.—, la prescripción de decir la verdad choca con esos valores sociales. Consciente de la disyuntiva a la que se enfrenta al testigo —es decir, del conflicto de intereses que puede existir entre el Estado, a la hora de investigar delitos, y el testigo, a la hora de proteger a un pariente o la intimidad familiar¹⁷—, el legislador arbitra fórmulas para que el testigo-pariente pueda liberarse de la obligación de declarar¹⁸. De esta forma, se le da la posibilidad de gestionar sus intereses familiares, la intimidad del grupo familiar, etc.¹⁹.

Mediante esta exención, el legislador no solo reconoce la existencia del dilema entre la obligación de colaboración con la Justicia y la protección jurídica de la intimidad familiar (art. 39 CE), sino que, de manera implícita, asume también que las advertencias que se le hagan al testigo-pariente podrán no tener el alcance deseado por el legislador. Admite, por tanto, una anormalidad motivacional en el sujeto ante esa obligación, anormalidad motivacional basada en los sentimientos que generan de ordinario los vínculos familiares, y le concede la posibilidad de no declarar. Esos vínculos parentales aparecen, pues, como una causa de justificación para no declarar.

Quedan dos aclaraciones por hacer. Por un lado, lo que no concede el legislador es la posibilidad de que, si un testigo-pariente decide declarar, pueda alterar de manera consciente e interesada su declaración²⁰ o declarar parcialmente, es decir, contestar solo a alguna o algunas preguntas que le formulen o solo a las preguntas de una de las partes. Si decide declarar, ha de hacerlo de manera plena y con todas las consecuencias. Por otro lado, debe insistirse en que esta posibilidad es un derecho que se atribuye al testigo, con independencia de que sea, a su vez, víctima, pero no es un derecho que se reconozca al investigado o acusado en la causa penal²¹.

Sentado lo anterior, es necesario analizar qué ocurre cuando el testigo es menor de edad, en función de si tiene o no la madurez suficiente, así como determinar a quién corresponde apreciar la madurez del menor y qué ocurre en los casos en los que el menor no hizo uso de la dispensa en la fase de investigación y pretende ejercerla en el momento del juicio.

3.2. EJERCICIO DE LA DISPENSA POR PARTE DE UNA VÍCTIMA MENOR DE EDAD

3.2.1. La madurez como requisito de la dispensa

La cuestión que se plantea es si la dispensa contemplada en el art. 416 LECrim puede ejercitarse cuando el testigo es un menor de edad o si, para que el menor pueda acogerse a esta dispensa, es preciso que el menor tenga la madurez suficiente para comprender el significado y las consecuencias de la dispensa.

Existe, pues, una confrontación entre la protección del menor y el reconocimiento para que gestione determinados intereses.

En cuanto a la gestión por los menores de sus propios intereses, la evolución legislativa les ha ido otorgado mayor campo de actuación. Así, nuestro TC declaró inconstitucional el art. 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, únicamente en la medida que incluía en el ámbito subjetivo de la prohibición a los menores de edad con «suficiente madurez» y que se encuentren en una «situación estable de transexualidad». El Tribunal tuvo en cuenta, entre otros argumentos, que también las personas menores de edad son titulares de derechos fundamentales y se les debe reconocer la posibilidad, cuando existe esa madurez, de defender los intereses que afecten a su esfera personal. No se trata tanto de limitar el ejercicio de la patria potestad cuanto de permitir a la persona menor de edad la posibilidad de gestionar y decidir sobre aquellos asuntos que le son propios²². La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente, es otro ejemplo de la exigencia legal del requisito de la capacidad intelectual del menor para que pueda dar su consentimiento a una intervención quirúrgica. Y es que el respeto de la autonomía del individuo, aunque sea menor de edad, ha sido una condición ética de nuestra sociedad contemporánea que, como veremos, impone una obligación de información exhaustiva, así como el aseguramiento de que el menor se encuentra en unas condiciones que le permitan prestar libremente el consentimiento.

Pese a todo, si bien es cierto que la relevancia jurídica de las manifestaciones de las personas menores mediante las que decide —oponiéndose o accediendo— sobre una injerencia en un derecho fundamental propio tiene ya una cierta consolidación temporal, como puede apreciarse en la STC 154/2002, que analizaba las manifestaciones de un niño de 13 años para decidir sobre derechos fundamentales como la integridad física y la libertad religiosa, lo cierto es que el legislador no es nada claro a la hora de fijar una edad para validar con certeza el consentimiento.

El Tribunal Supremo también recurrió al argumento de la madurez para resolver sobre la cuestión de la dispensa en los menores —tanto para otorgarla, cuando apreciaba la madurez en el menor, como para denegarla, cuando esta no concurría—. Para ello, partió de la legislación en materia de protección jurídica de los menores, LO 1/1996, de 15 de enero, que, a su juicio, sugería que la dispensa de la obligación de declarar no estaba supeditada a la mayoría de edad, por lo que, con independencia de la dificultad de fijar una edad para establecer una presunción de madurez, y más allá de la falta de una uniformidad del tratamiento de la minoría de edad en el ordenamiento jurídico español, lo que no admitía duda era la obligación legal de oír a los menores en todos aquellos asuntos que sean de su interés, así como tomar en consideración su opinión en función de su edad y madurez²³.

En consecuencia, esta advertencia a la dispensa no debe supeditarse a la mayoría de edad, sino que deberá tenerse presente tanto la edad como su grado de madurez, extremo, este último, que exige inevitablemente un estudio individualizado, sin que quepan fórmulas apriorísticas. En el caso en que se aprecie suficiente madurez, la advertencia se efectuará sobre el propio menor²⁴. El artículo 3 e) de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, establece como fin de las disposiciones de la Ley²⁵ robustecer el ejercicio del derecho a ser oídos y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en contextos en los que se ha ejercido violencia contra ellos.

Con estos antecedentes judiciales, la nueva redacción dada al art. 416 LECrim por la LO 8/2021, tras enumerar en el párrafo primero las personas que están dispensadas de la obligación de declarar en atención al parentesco, establece las siguientes excepciones:

- «1.º Cuando el testigo tenga atribuida la representación legal o guarda de hecho de la víctima menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección.
- 2.º Cuando se trate de un delito grave, el testigo sea mayor de edad y la víctima sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.
- 3.º Cuando por razón de su edad o discapacidad el testigo no pueda comprender el sentido de la dispensa. A tal efecto, el juez oirá previamente a la persona afectada, pudiendo recabar el auxilio de peritos para resolver.
- 4.º Cuando el testigo esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular.
- 5.º Cuando el testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo».

Tras la reforma, por tanto, la dispensa no rige, entre otros casos, cuando por razón de la edad el testigo no comprenda su alcance.

En relación con la nueva redacción del art. 416 LECrim, el preámbulo de la ley solo indica que «[...] se establecen una serie de excepciones a la dispensa de la obligación de declarar, con el fin de proteger en el proceso penal a las personas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección». Sin embargo, esta finalidad, la protección del menor en el proceso penal, que es clara en los números 1 y 2, no lo es tanto en el caso del número 3; es más, el problema se asemeja más a una cuestión relativa al consentimiento del menor, a la capacidad del menor para gestionar sus intereses, en este caso, ejercitar un derecho que le reconoce la ley, el de la dispensa de declarar; derecho que el legislador le niega cuando, por la edad o discapacidad, el testigo no alcanza a comprender el significado de la dispensa. En los números 4 y 5, por último, resuelve el debate jurisprudencial sobre la interpretación de la dispensa plasmado en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2020²⁶.

Ahondando en la dispensa en atención a la edad del menor, «comprender el sentido» significa ser capaz de entender, apreciar o juzgar algo. Aunque el legislador no habla de madurez, es seguro que se refiere a ella, pues el término «madurez» significa capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto. Los niveles de comprensión no están ligados de manera uniforme a la edad cronológica; la educación, la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño/a y a la progresión de la aptitud de entendimiento y racionalidad de la persona menor. Por ese motivo, tiene que evaluarse mediante un examen caso por caso²⁷.

Aunque es complicado señalar una edad, nuestros tribunales han sugerido que la horquilla puede situarse, en principio, entre los 12 y los 14 años²⁸. Para ello, parten de distintas leyes, entre otras la LO 8/2021 de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que establece como uno de sus objetivos reforzar el ejercicio del derecho de los menores a ser oídos en juicio en contextos en que se ha ejercido o se ejerce

violencia contra ellos, al tiempo que modula la dispensa del art. 416 LECrim en relación con los testigos menores de 14 años²⁹.

Nuestro legislador ha asumido los parámetros establecidos jurisprudencialmente, es decir, que la persona menor con capacidad para comprender el alcance de la dispensa sea la que decida si la ejercita o no. Sigue, de esta forma, una tendencia inclusiva. La minoría de edad ha dejado de ser contemplada de manera exclusiva como factor de protección al niño/a para ser concebida como referente genérico de un ámbito de la capacidad de obrar, sin perder de vista el principio general de interés superior del menor. De este modo, se da coherencia al sistema. Pero el legislador impone un trámite, el de la audiencia del menor, y prevé la posibilidad de recabar el auxilio de peritos expertos para resolver sobre su madurez. Esta alusión a peritos expertos debe considerarse una previsión de especial trascendencia.

En consecuencia, el legislador trata de fortalecer el marco procesal para asegurar la tutela de los derechos de una víctima-testigo menor, pero al tiempo, y en la medida en que está en juego un derecho de una persona menor, asegura su participación a la hora de decidir sobre el modo en que se ejercitará ese derecho: bien directamente, bien a través de su representante legal. La forma en que va a participar el menor se decide en una audiencia, y es en esa audiencia donde puede solicitarse el auxilio de especialistas que emitirán un dictamen que evalúe si el menor comprende o no el significado de la dispensa. Al fin y al cabo, como ya he dicho, se trata de una cuestión de consentimiento relacionada con la titularidad de un derecho personal, pero también de que este consentimiento sea libre, lo que implica que esté libre de vicios, no sea sugerido o no esté predeterminado.

Precisamente, la cuestión relativa a la comprensión del alcance de la dispensa hace necesario analizar el requisito de la madurez del menor, las dificultades para su determinación y las posibles soluciones.

3.2.2. Problemas que plantea el requisito de la madurez

La forma de determinar la madurez del menor en una situación altamente estresante y traumática —ser víctima de un delito— no es tarea fácil. Sirva como punto de partida un supuesto que se planteó en una sentencia nuestros tribunales³⁰ en la que la madre se había personado como acusación particular, las víctimas eran las hijas del matrimonio y el padre fue condenado. En el momento de la prueba preconstituida las niñas tenían 13 y 15 años respectivamente, si bien, llegado el acto del juicio, su edad era de 15 y 17 años. La tercera de las hermanas, también víctima, ya era mayor de edad en el momento de la celebración del juicio, por lo que la advertencia del art. 416 LECrim. se le hizo a ella misma, y tomó la decisión declarar. Respecto a las otras dos hermanas, dado que no se les preguntó preguntado si deseaban o no declarar ni tampoco se evaluó su capacidad de comprensión sobre el alcance de la dispensa, el tribunal de casación excluyó del bagaje probatorio las exploraciones realizadas en la fase de instrucción, aunque se habían efectuado con todas las garantías. La sentencia dictada por la Audiencia fue revocada parcialmente, aunque ello no tuvo ningún efecto sobre la pena, dado que existía suficiente prueba para condenar.

Sin embargo, merece la pena detenerse en los casos en los que la persona menor es víctima, y se pretende dictaminar sobre si tiene suficiente madurez. Para abordar esta cuestión, partiré de la sentencia mencionada.

Los hechos por los que el padre fue condenado, fueron los siguientes: «[...] entre el año 2015 y 2018 Nemesio [...] residía junto con su cónyuge D.^a Mónica, y sus tres hijas menores de edad, Antonieta, Beatriz y Celsa, las cuales en el año 2015, tenían 12, 11 y [...] Nemesio aprovechando que su cónyuge salía temprano a trabajar [...] con ánimo libidinoso y de forma reiterada y continuada, acudía al dormitorio común donde dormían las tres menores, despertaba a su hija Antonieta, que en aquel momento tenía 12 años y la llevaba al dormitorio conyugal. Una vez allí le hacía quitarse la ropa, le tumbaba en la cama, le tocaba el pecho y los genitales y frotaba sus genitales contra el cuerpo de ella. En otras ocasiones obligaba a la menor a cogerle el pene en la vagina hasta eyacular, o le tocaba con su dedo en la vagina [...] TERCERO. Igualmente durante los años 2015 a 2018, Nemesio [...] respecto de sus otras dos hijas menores de edad, Beatriz y Celsa actuando con igual ánimo libidinoso y de forma reiterada, les realizaba tocamientos por encima de la ropa, apretándoles sus pechos; así como los glúteos y si podía, pues las menores trataban de impedirlo, sus vaginas, actuando como si se tratara de una broma, cuando en realidad el acusado satisfacía así sus instintos sexuales y ocasionaba un daño psicológico así como emocional a las menores. CUARTO. Nemesio actuaba utilizando la influencia que sobre las menores ejercía dada la relación de confianza por la relación paternofamiliar que les unía [...]».

El primer interrogante que me planteo es si, en el caso de una niña de 13 años que ha sufrido abusos desde los 9 años por parte de su padre se debe, no ya preguntarle sobre los hechos, sino valorar si quiere o no declarar contra su padre, que es quien ha abusado de ella durante tres años, es decir, ponderar la capacidad de comprensión del alcance de la dispensa. ¿Acaso es esa la protección que queremos para los menores? ¿Se estaría dando cumplimiento al principio de no someter a este dilema al menor, salvo estricta necesidad?³¹. Desde luego, en materia de consentimiento y de la gestión de sus intereses el legislador se ha ido inclinando por la opción de atribuir a las personas menores mayor capacidad de gestión, pero siempre velando por sus intereses. Cuando hablamos de agresiones de naturaleza sexual a personas menores, ese debe ser el criterio, velar por sus intereses. Siguiendo el Convenio de Lanzarote³², nuestro legislador debe adoptar todas las medidas necesarias para proteger «todas las formas de abuso sexual a niños y niñas». Es más, las investigaciones que se lleven a cabo sobre este tipo de víctimas «tendrán en cuenta el interés superior del niño/a» y «el total respeto de sus derechos». Es preciso, además, señalar que el Convenio considera una «[...] circunstancia de mayor gravedad el hecho de que los abusadores sean, entre otros, los progenitores de la víctima». En definitiva, este debe ser el contexto jurídico en el que ha de analizarse la cuestión. Por tanto, la ponderación del interés del menor debe hacerse de acuerdo con unos valores universalmente aceptados. Un contexto de violencia sexual prolongada durante años debe ser uno de los criterios para valorar ese interés del menor.

Hay que añadir las especificidades que presentan este tipo de delitos. Desde el punto de vista social, hay un rechazo agravado cuando el autor del delito es uno de los progenitores de la víctima menor de edad. Siguiendo esa tendencia, nuestro legislador no solo establece

penas de mayor gravedad, sino que, al amparo de la protección a la víctima, el nuevo art. 416 LECrim suprime la posibilidad de dispensa cuando el testigo es uno de los progenitores de la víctima menor de edad; el objetivo, según el preámbulo, es la protección de la víctima menor. El motivo es el mismo: el posible regreso de la niña/o a un entorno tóxico, inadecuado para su desarrollo personal.

Además, debe tenerse presente la dinámica criminal de este tipo de delitos, por cuanto el progenitor se vale de una confianza, autoridad y ascendencia que no solo facilita la comisión del delito, sino que incluso es capaz de generar en la víctima temor, vergüenza, desconcierto, etc.; en fin, una serie de consecuencias negativas en la edad temprana enmarcadas en una relación familiar muy perjudicial para la víctima y no solo reprochable socialmente, sino abiertamente repugnante.

Un factor más que debe tenerse en cuenta es el secretismo en el que se lleva a cabo el abuso, dado que el progenitor se vale de la intimidad familiar para ejecutar su conducta criminal con sus consecuencias: el autor puede asimismo valerse de su condición de progenitor para generar temor en la víctima si desvela los hechos o infundir en la víctima una sensación de desprotección si los llega a contar —diciéndole, por ejemplo, que no le van a creer por ser una niña—. Hay que considerar el choque psicológico que supone en la víctima el hecho de que la persona que tiene que protegerle y a quien se le ha dicho que debe acudir para pedir ayuda esté realizando este tipo de comportamientos. Incluso puede hablarse de la facilidad para que el progenitor ejerza una suerte de adoctrinamiento sobre la víctima. Todo lo anterior pone de manifiesto una serie de circunstancias que conllevan a que la víctima asuma y acepte una situación disonante en su mente.

Por todas estas razones, en estos casos el interés de la víctima menor de edad debe valorarse de una manera especialmente cuidadosa, y la gestión de sus intereses debe realizarse teniendo en cuenta el interés del menor y la situación por la que ha atravesado en la dinámica criminal. De ahí que para valorar la posibilidad de dispensa en atención a la suficiente madurez deban ponderarse todas las incidencias que permitan dilucidar si el consentimiento para acogerse a la dispensa pueda estar viciado por encontrarse en un contexto psicológico inapropiado y sea consecuencia de la situación de abuso. No solo debe analizarse la madurez del menor, sino también si el consentimiento es libre y válido. Es más, tratándose de una excepción a la regla general, debe interpretarse restrictivamente³³.

Estas cautelas implican que el auxilio de profesionales no sea una mera posibilidad, sino una necesidad tanto en la toma de declaraciones del menor y también en la determinación de si está en condiciones de acogerse a la dispensa. Nos encontramos ante cuadros psicológicos en los que no cabe presumir una normalidad psíquica. Debe analizarse si esa capacidad está ejercitada de manera inducida por unos comportamientos ilícitos precedentes o incluso por un contexto que ha podido dar lugar a una decisión condicionada o, de alguna manera, impuesta. No parece que el reconocimiento del derecho a la intimidad familiar impacte de igual manera en quienes se encuentran asimétricamente posicionados en el núcleo familiar. La intimidad, por tanto, no debe servir para ocultar una patología valorativa basada en una convivencia tóxica o en una influencia —porque de ninguna manera puede llamarse educación— socialmente degradada. El auxilio de profesionales

expertos debe considerarse como algo más que una recomendación. En atención a unos criterios basados en la ciencia de la psicología, el psicólogo forense debe determinar en apartado independiente de su informe y no solo la madurez para el ejercicio de la dispensa, sino también acerca de si ese consentimiento, en atención al contexto en el que se ha desarrollado y la situación psicológica en que se encuentra la víctima, es un consentimiento libremente formado y emitido.

La información que debe tener el menor a la hora de decidir, por la naturaleza y condiciones del sujeto, no puede realizarse ni a través de formulario ni de una manera genérica³⁴. Al experto le corresponderá resolver todas las cuestiones que se plantea la víctima y valorar si, efectivamente, el consentimiento es libre y voluntario, así como si es capaz de otorgarlo.

Siguiendo con los problemas que genera el requisito de la madurez, cabe señalar que los procesos penales se prolongan en el tiempo, lo que en este tipo de delitos, en los que la víctima es una persona menor de edad, supone que puede darse la situación de que en el momento de la prueba preconstituida no se aprecien signos de madurez en una persona de 11 años, mientras que en el momento del juicio, pasados dos años, sí pueda ser valorada la existencia de cierta madurez en la persona menor. Ante estas situaciones, y tomando en consideración la doctrina existente sobre la gestión de los intereses por parte de las personas menores, el derecho a la participación en el proceso penal, y el carácter personalísimo de la dispensa, la posibilidad de valorar la madurez a efectos de dispensa puede efectuarse en cualquier momento del procedimiento, sin perjuicio de todas las cautelas a las que se han hecho referencia para que esa valoración sea correcta desde el punto de vista de los apoyos, los expertos intervinientes, la forma de verificarse, etc. Lo cierto es que el art. 703 bis acoge esa posibilidad por el carácter excepcional que deviene de la nueva situación personal de la víctima para poder ejercitar su derecho a la dispensa³⁵.

En cualquier caso, no deja de ser curioso que al otro progenitor —representante legal—, cuando es testigo, en estos supuestos se le deniegue la posibilidad de dispensa, y quiera concederse a una niña esa posibilidad a partir de los 12 años, sometiendo a una persona de tan temprana edad a un dilema. Me pregunto si, en el caso de que el abusador sea una persona extraña al círculo del art. 416 —por ejemplo, un amigo de la familia—, esta posibilidad en la menor desaparece, quedando solo en manos de los padres cualquier actuación procesal; sin embargo, en una situación jurídica y socialmente más reprochable se está pensando en la posibilidad de conceder a una niña de 12 años una dispensa a la obligación de declarar. De acuerdo con la redacción actual de nuestro Código Penal, protegemos la libertad sexual de una persona menor con una edad inferior a los 16 años, limitando su autodeterminación sexual por debajo de esa edad y suprimiendo toda validez a su consentimiento, presuponiendo, sin admitir prueba en contrario, que ese consentimiento o no existe o está condicionado y, sin embargo, se ponen impedimentos legislativos, concediéndole la posibilidad de dispensa en los casos en los que un niño/a de 13 años tiene esta actividad sexual con uno de sus progenitores. Peor aún, cuando se ha abusado de un niño/a desde los 7 a los 12 años; así, se denuncia que, cuando tiene 12 años, la prueba preconstituida se realiza a los 13 y el juicio es a los 15. Entiendo que los intereses de una víctima menor de edad quedarían desdibujados y se actuaría contra ellos, aunque sea al amparo de proteger la intimidad de

la familia. En más, lo que propugna el Convenio de Lanzarote es la supresión de cualquier tipo de traba para la persecución y castigo de este tipo de delitos, máxime cuando uno de los autores en el progenitor, y la posibilidad de dispensa en estas situaciones, que no dejan de ser aberrantes, debe calificarse como una traba.

Todas estas consideraciones me llevan a las siguientes conclusiones: de un lado, en los abusos por debajo de una franja de edad, 13 años, no debería concederse posibilidad de dispensa a la víctima por razón de parentesco; de otro, no solo debe determinarse la capacidad intelectual y la madurez para comprender el alcance de la dispensa, sino que también debe analizarse si esa decisión es libre y voluntaria, si el consentimiento, por las especiales circunstancias, no presenta ningún vicio, y para todo ello se requiere el trabajo de un especialista, concretamente un psicólogo forense. La presencia de estos especialistas en este tipo de procesos debe ser preceptiva, y su informe sobre la comprensión del alcance de la dispensa ha de ser obligatorio.

Pero junto a las cuestiones que suscita la madurez de la víctima menor de edad, deben considerarse todos aquellos casos en los que la persona menor no tiene esa madurez exigida, del mismo modo que, cuando pueda determinarse que su consentimiento no es libre, hay que plantearse si la dispensa puede ser ejercitada por quien tenga la representación legal del menor

3.2.3. La dispensa en los supuestos que el menor carece de madurez suficiente

Ante estas situaciones de falta de madurez, nuestros tribunales se han pronunciado en términos afirmativos³⁶. Incluso no faltan sentencias en las que, existiendo un conflicto de intereses con los progenitores, prevén la posibilidad de recurrir al nombramiento de un defensor judicial que decida sobre el ejercicio de la dispensa³⁷.

Con carácter general, como en el resto de los derechos reconocidos a un menor, su ejercicio debe hacerse a través de sus representantes legales, quienes llevan a cabo la defensa de los intereses del menor cuando se encuentra en unas condiciones en las que no puede decidir (art. 13 LO 8/2021), salvo que exista un conflicto de intereses (art. 26 EVD)³⁸.

Sin embargo, cuando se examinan los supuestos específicos puede apreciarse que el ámbito de aplicación es mucho más reducido de lo que pueda parecer. Para empezar, el derecho a la dispensa surge entre determinados parientes³⁹, que en este caso quedan reducidos a los ascendientes y hermanos. Pues bien, en los casos en los que el menor esté personado a través de uno de los progenitores y el enjuiciado sea un ascendiente, no procedería este derecho por vía del art. 416.1 LECrim, párrafo 4º. Sería contradictorio que estuviera ejercitando la acusación particular, de un lado, y que, de otro, se acogiera a la dispensa en nombre de su hijo.

Si no está personado el progenitor en nombre de la víctima menor de edad, solo podría hacerlo en los casos en los que además no fuese testigo, de acuerdo con el párrafo 1º del mismo precepto. Este supuesto sería excepcional, pues lo normal es que sea, al menos, un testigo de referencia. Nuestro legislador no puede haber querido negarle de manera directa

este privilegio y concederle esta posibilidad de manera indirecta cuando actúa en nombre del menor.

Podría darse algún supuesto de delito entre hermanos en el que el presunto autor sea mayor de edad y la víctima menor de edad, pero sin madurez suficiente, y, además, los progenitores no son testigos y no estén personados; o incluso cuando el presunto autor es uno de los abuelos. En estos casos, debe acudirse al principio del interés superior del menor en el sentido de que, si los progenitores hubieran sido testigos y estuvieran exceptuados de la posibilidad de dispensa por la regla 1ª del art. 416 LECrim, en la que se ha tenido en cuenta ese principio para exceptuarlos, en buena lógica tampoco podrían acogerse a la dispensa en su condición de representantes legales del menor en los casos de la regla 3ª del precepto. Es decir, si como testigo el progenitor no tiene derecho a la dispensa, tampoco lo tendrá como representante legal.

Esta interpretación es coherente con lo que el art. 261 LECrim establece en relación con la obligación de denunciar. No hay una obligación de denunciar para quien es cónyuge del delincuente no separado legalmente o de hecho o persona que conviva con él en análoga relación de afectividad, así como tampoco para quienes sean ascendientes del delincuente, siempre y cuando no se trate de un delito contra la vida, de un delito de homicidio, de un delito de lesiones de los artículos 149 y 150 CP, de un delito contra la libertad o contra la libertad e indemnidad sexual o de un delito de trata de seres humanos y la víctima del delito sea una persona menor de edad. Si el legislador los ha excluido del privilegio de la lista de personas que no están obligados a denunciar y, por tanto, tienen la obligación de hacerlo por el hecho de que la víctima es un menor, sería una contradicción que, con posterioridad, aquellos que están obligados directamente a denunciar, a lo largo de la causa pudieran, como representantes legales de la víctima, ejercitar el derecho de dispensa en nombre de sus representados, dejando, de esta forma, sin efecto la denuncia.

Pero el proceso penal está dividido en fases, y la pluralidad de actuaciones impone su prolongación en el tiempo. Esta conformación del proceso tiene también consecuencias sobre esta materia, pues es posible que se aprecie madurez en una víctima menor de edad durante la fase de investigación —en la que ha declarado— y, llegado el acto del juicio, la víctima pretenda acogerse a la dispensa de declarar. De igual manera, las condiciones de madurez pueden variar entre la fase de instrucción y la fase del desarrollo del juicio.

3.2.4. Casos en los que el menor ha aceptado declarar durante el procedimiento

3.2.4.1. Planteamiento

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2020⁴⁰ puso de manifiesto la necesidad de que fuese el legislador quien delimitase de manera concreta el derecho de dispensa a la vista de la disparidad de criterios jurisprudenciales. Esta sentencia, dictada por el Pleno, aunque con varios votos particulares, señalaba, pues, que el legislador era el responsable de resolver el complejo problema de buscar una solución al ejercicio de dispensa por quienes

con carácter previo han denunciado —o de aquellos que a lo largo de la instrucción han declarado— y en el acto del juicio pretenden acogerse a la dispensa de no declarar del art. 416 LECrim.

El TS no era ajeno a esta complejidad, y fruto de esta había dictado dos Acuerdos no Jurisdiccionales, uno de 24 de abril de 2013 y otro de 23 de enero de 2018. En ambos se trataba de delimitar el contenido del art. 416 LECrim.

El primero de los Acuerdos establecía lo siguiente «La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan: a) la declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto, y b) los supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso». En virtud del primer criterio se delimita de manera temporal la posibilidad, mientras que en virtud del segundo se acude a la actuación que haya tenido la víctima desde el punto de vista procesal; en este caso, la personación como acusación particular equivaldría a ir contra sus propios actos.

El segundo Acuerdo, de fecha 23 de enero de 2018, sobre la dispensa de la obligación de declarar del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establecía que: «1. El acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el rt. 416 de la LECrim impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo, aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida. 2. No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECrim) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición». Ello supone que el derecho a la dispensa no se perdía, aunque se hubiese renunciado a él con anterioridad, de manera expresa, declarando, o de forma tácita, personándose como acusación particular.

Lo cierto es que la meritoria labor de los tribunales a la hora de interpretar la ley no debe desbordar la necesidad de que el legislador, ponderando los intereses en juego, delimite los contornos de la dispensa, dotando de calidad democrática y certeza a un derecho constitucional que debe ser desarrollado legislativamente. Es más, esta ley debe ser lo suficientemente precisa como para generar seguridad y previsibilidad en los destinatarios de la dispensa⁴¹.

Pues bien, la nueva redacción del art. 416 LECrim aborda la cuestión en los puntos 4.º y 5º, que disponen, respectivamente: «Cuando el testigo esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular», y «Cuando el testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo», suprimiendo la posibilidad de dispensa.

Es preciso señalar que el análisis se limita a aquellos supuestos en los que el menor, comprendiendo el sentido de la dispensa, ha declarado en la fase de instrucción. Quedan excluidos aquellos casos en los que la exploración del menor se ha producido sin que este haya decidido sobre la dispensa por carecer de madurez suficiente para el ejercicio de ese derecho, puesto que en este último supuesto no ha existido una renuncia a la dispensa.

3.2.4.2. *Acerca de la posibilidad de acogerse en el acto del juicio a la dispensa*

La sentencia arriba citada expuso los argumentos que deben tenerse en cuenta para delimitar el contenido de la dispensa, rebajando el marco procesal en que podía ser objeto de esa renuncia cuando llegaba el momento del juicio. Si un testigo-víctima con conocimiento de la posibilidad de dispensa ha resuelto con anterioridad el conflicto entre los vínculos de solidaridad creado por el parentesco y ha decidido si protege o no la intimidad del ámbito familiar, declarando durante la fase de instrucción, con posterioridad, llegado el momento del juicio, no puede recobrar un derecho del que ya carecía por haber renunciado a él con anterioridad de manera consciente y libre. El derecho a la dispensa es un derecho renunciable, puede ejercerse o no, pero una vez renunciado al él nuestro legislador entiende que no hay motivos para que pueda renacer, dado que lo contrario sería ir contra los propios actos⁴². La declaración durante la instrucción no es algo baladí⁴³, sino que a ella se llega porque se ha iniciado un proceso penal y se ha decidido declarar en los casos en los que existe ya una situación insostenible para la víctima, en la que está pidiendo el amparo de la ley ante la existencia de unos hechos graves. La declaración y el ejercicio de la dispensa ha debido ser, pues, una cuestión bien informada y ejercida con pleno conocimiento⁴⁴.

Nuestro legislador vuelve a ser extremadamente tuitivo con las víctimas, le interesa reducir el marco de impunidad de los autores de estos hechos. Con la posibilidad de dispensa anterior a la reforma, este marco de impunidad se alargaba, en la medida en que, en el caso de que en el acto del juicio se acogiese el testigo a la dispensa de no declarar, aunque hubiese declarado con anterioridad, el acogimiento de la dispensa impedía, además, rescatar su declaración. Dado que el testimonio de la víctima es una prueba fundamental en la mayoría de estos delitos, la acusación pública quedaba privada de una prueba en que apoyar sus tesis. La reducción de este marco de impunidad ya había sido motivo de delimitación de derechos en unos delitos específicos, los de violencia de género. Así, la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en su artículo art. 44.5, prohíbe la mediación. Además, si se alarga la posibilidad de dispensa, este lapso puede aprovecharse para continuar ejerciendo presión y coacción, o para generación de cierto sentimiento de culpa y responsabilidad debido a los lazos afectivos con la víctima a efectos de que cambie su decisión de declarar. Así, la propia sentencia, señala que «[...] de esta forma, el testigo víctima, no puede ser coaccionado en su actuación posterior al prestar testimonio, para que se acoja a la dispensa, siendo libre de declarar con arreglo a su estatuto de testigo».

Ahora bien, ¿debe ser esta la solución? A mi juicio, una vez que ha declarado, y lo ha hecho con toda la información necesaria, al testigo-víctima ya no debe otorgársele ni la oportunidad de acogerse a la dispensa, pues renunció a ella, ni la de «borrar» una declaración efectuada con todas las garantías y sus efectos. Por estos motivos, la víctima debe estar perfectamente informada de la posibilidad de dispensa en el momento de presentar la denuncia y en el momento de declarar. La labor del psicólogo forense, así como la de su abogado se torna especialmente importante por las eventuales consecuencias posteriores.

El debate, como vemos, puede presentarse en un doble plano: por una parte, el que concierne a los efectos procesales de la primera declaración y, por otra parte, el que atañe

a sí, una vez ejercitada la renuncia a la dispensa, este derecho deja de existir en fases procesales posteriores. La solución intermedia sería la posibilidad acogerse con posterioridad a la posibilidad de dispensa, pero pudiendo aprovechar las declaraciones vertidas durante la fase de investigación.

En lo referente a los efectos de la primera declaración, cuando la víctima decide declarar —con todo el conocimiento y las consecuencias que acarrea el hecho de acceder a prestar declaración— no hay ningún argumento jurídico para considerar que este tipo de declaraciones son, desde el punto de vista ontológico, distintas al resto de las declaraciones que se prestan en el proceso penal⁴⁵. Si en cualquier procedimiento a una víctima-testigo no se le permite borrar esta declaración, e incluso si puede rescatarse la declaración prestada durante la fase de investigación (art. 730 LECrim), no hay motivo alguno para que, en una declaración prestada durante la fase de instrucción, en atención al sujeto se le dé la oportunidad de dejar sin efecto esa declaración, lo que en muchos casos supone, ni más ni menos, arrebatar la prueba de la acusación pública. A ello habría que añadir la posibilidad de manipulación cuando nos referimos a una persona menor de edad y el contexto en el que puede encontrarse.

Si lo que se pretende es reducir el margen de impunidad cuando nos encontramos con este tipo de víctimas, de eliminar trabas en términos del Convenio de Lanzarote, lo más apropiado es reducir el marco de la dispensa que, cuando se ha declarado, lo que crea es una disfunción procesal en la medida en que una diligencia practicada con todas las garantías no pueda formar parte del bagaje probatorio en los casos en los que se ha llegado al juicio precisamente por la existencia de esta prueba. Es tanto como dejar en manos de la víctima el resultado del procedimiento cuyo progreso ella misma favoreció con su actuación. Incluso cuando ya ha decidido exponer la intimidad familiar para recabar protección ante unos hechos delictivos (pues no debe olvidarse la premisa de que nos encontramos ante una contexto antijurídico de naturaleza delictiva que ha sido considerado por el legislador como una auténtica «lacría social»), ese conocimiento de la intimidad ya ha sido revelado, y no es un conocimiento de la intimidad normal, sino la exposición de una actividad delictiva, en algunas ocasiones de cierta entidad y de un elevado riesgo a raíz de las cifras. En estas circunstancias, ¿un Estado social y de Derecho debe cerrar los ojos y dar una segunda oportunidad a la víctima para evitar que la Justicia actúe?

Lo expuesto hasta ahora con carácter general se agrava cuando nos encontramos ante una persona menor de edad. En estos casos, no parece que el legislador protegiese mejor los derechos y respondiese de manera adecuada al principio de actuar en consideración a un «interés superior del menor». Si cualquier forma de violencia ejercida sobre una persona menor merece el calificativo de injustificable, todavía es más dramática cuando la violencia procede de las personas que viven con la víctima, de quienes tienen la obligación de protegerle, educarle y velar por su bienestar. El legislador está obligado a extremar las cautelas e impedir que la persona menor continúe o regrese a un entorno familiar presidido por un contexto de violencia, y poner así en peligro su desarrollo no solo físico, sino también emocional y afectivo. Por tanto, lo que está en juego no es únicamente la posibilidad de investigar y sancionar delitos, el *ius puniendi* del Estado frente al derecho a la intimidad

personal y familiar, sino también la protección real y efectiva del interés superior del menor, máxime cuando, a efectos de dotar de contenido a este interés superior, debe tenerse en mente, entre otras circunstancias, que su convivencia, vida y desarrollo tengan lugar en un entorno adecuado y libre de violencia.

La familia a la que hace referencia el art. 39 CE es un núcleo social que protege a sus miembros y en el que sus interrelaciones están basadas en el afecto, no en la violencia. Con estos planteamientos, lo más razonable parece eliminar la posibilidad de que la víctima menor que ha declarado con conocimiento de las consecuencias no tenga la facultad de eliminar esa declaración.

Sin embargo, el legislador también prevé la imposibilidad de que, una vez ejercida la renuncia a la dispensa, la víctima pueda acogerse a ella con posterioridad. La renuncia no es solo para esa declaración, sino para cualquier declaración que se realice con posterioridad. Hay que recordar que, cuando la víctima es un menor de catorce años, la declaración se llevará a cabo en la fase de instrucción con los requisitos de la prueba preconstituida. En estos casos, lo propio es solicitar la reproducción de la grabación en el acto del juicio. No obstante, cabe plantearse si esa víctima, ya con dieciséis años, puede acogerse a la dispensa en el acto del juicio si la declaración no se realizó con todos los requisitos exigidos o incluso solicitar una nueva declaración cuando su madurez haya experimentado una evolución considerable. En el supuesto de nulidad de la declaración, la víctima menor de edad acudiría al acto del juicio con una libertad total de acogerse o no a la dispensa; la nulidad de la primera de las declaraciones impide rescatar cualquier efecto de aquella declaración. Ahora bien, todas las cautelas que han sido mencionadas a la hora de recibir declaración al menor son, ahora, aplicables.

Muchos más problemas plantean los casos en que la víctima, con dos años más de edad desde que declaró y con una mayor madurez, decidiese en ese momento acogerse a la dispensa a la cual renunció dos años atrás, con una comprensión del contenido y los efectos de la dispensa. En el precepto el legislador utiliza la expresión «debidamente informado». En este caso, debido a las especiales circunstancias de la víctima-testigo, la cuestión tiene una connotación especial. Ya hemos hablado del problema de la madurez, su determinación y las consecuencias. Pues bien, ahora, llegado el acto del juicio, podría valorarse si efectivamente el menor ha sido «debidamente informado». Por ello hay que incidir en la necesidad de que un experto lleve a cabo la acción de informar, teniendo presente tanto la capacidad de comprensión de la víctima como su situación y, en su caso, los condicionantes del caso. Ante esta nueva situación, lo primero que debe decidir el órgano sentenciador es si existía madurez cuando la persona menor renunció a la declaración, cuestión que debería ser objeto de debate independiente, lo que supone que la decisión que se adoptó en el momento en que se resolvió sobre esa cuestión durante la fase de investigación fue recurrida o cuando hubo oposición por alguna de las partes. De lo contrario, parece que atacar en el acto del juicio una decisión basada en la percepción del juez de instrucción con un dictamen pericial sobre la capacidad para declarar y una grabación en la que conste todo ello exigiría una muy buena fundamentación y sería algo excepcional. No obstante, lo dicho nos recuerda —y debemos insistir en ello— que el término empleado por el legislador «debidamente»

supone la necesidad de que esa advertencia tenga unas características especiales referidas a la persona que la realiza, el contenido de la información y la forma, adaptada a las especiales necesidades de quien recibe la información (art. 4 EVD).

Si por cualquier circunstancia se llegase a la nulidad de esa declaración—hipótesis que, como he dicho, sería muy extraña—, volvemos a referirnos a las cautelas para la valoración de la dispensa a las que ya hemos aludido.

4. CONCLUSIONES

El proceso penal debe ser especialmente respetuoso con un tipo de víctimas, las personas menores de edad. Incluso dentro de este grupo, cuanto menos edad tenga la víctima, más intensa debe ser la protección. La víctima, por ser menor de edad, no puede ser excluida del proceso penal, será su madurez y circunstancias las que determinen su forma de participación, de manera directa o a través de sus representantes.

La edad influye de manera diferente en la víctima, y es preciso distinguir, de un lado, la capacidad a la hora de aportar información sobre el objeto del proceso y, de otro, la posibilidad de tener una participación activa mediante el ejercicio de derechos procesales. La psicología ha situado a partir de los tres años la horquilla de edad de la víctima-testigo menor para poder aportar datos al proceso. Factores como la capacidad de captación de datos, su fijación o memoria, su exteriorización y la sugestión hacen que con menos de esa edad los datos que pueda aportar el niño/a no sean fiables. Por el contrario, para el ejercicio de los derechos procesales por la persona menor de edad se exige una madurez mental en la medida en que se están gestionando unos intereses, lo que requiere una valoración: la capacidad de gestión se cifra en una edad cercana a los 14 años. En la LO 8/2021, nuestro legislador incide nuevamente en la posibilidad de autogestión por parte de los menores de edad con suficiente madurez.

Las exigencias de respeto a la participación y a su dignidad, así como la finalidad de minimizar los efectos traumáticos del proceso penal en este tipo de víctimas, imponen la modulación de algunos aspectos del procedimiento. Entre ellas se encuentra la participación de profesionales expertos para la determinación tanto de la capacidad de estas víctimas-testigos como de la capacidad de ejercicio de los derechos procesales. Esta colaboración de expertos es fundamental por motivos victimológicos, entre los que se encuentran sus conocimientos para interactuar con menores, y porque afectan al rendimiento y eficacia de la prueba, pues su metodología y experiencia les dotan de una mejor posición para obtener la información que puedan aportar los menores sobre el objeto del proceso. El hecho de que el legislador les haya otorgado esa capacidad de gestión no significa que no se tengan en cuenta sus circunstancias personales en el ejercicio de sus derechos.

Las condiciones subjetivas de la edad de la víctima, los avances científicos en las ciencias del conocimiento, el rendimiento de la prueba y las razones victimológicas hacen conveniente que la declaración de la víctima menor de edad, en determinados casos, se practique como prueba pericial y no como testifical.

La reforma de 2021 concede a la víctima menor de edad la posibilidad de ejercitar directamente la dispensa del art. 416 LECrim cuando tiene capacidad para comprender el alcance de su decisión. Sin embargo, la determinación de la madurez en determinados casos, sobre todo en delitos de violencia sexual, exige necesariamente recurrir al auxilio de expertos no solo para determinar su capacidad, sino también para que dictaminen si esa decisión es libre y voluntaria. Por este motivo, no caben fórmulas apriorísticas a la hora de señalar una edad para el ejercicio de la dispensa.

La prolongación en el tiempo del procedimiento penal hace que la madurez para ejercitar la dispensa se pueda realizar en el acto del juicio por el menor cuando no se haya efectuado en la fase de investigación.

De igual manera, cuando la víctima, con una información clara y accesible en atención a sus características personales sobre la posibilidad de dispensa, haya decidido declarar en la fase de investigación, llegado el acto del juicio no podrá acogerse a la posibilidad de dispensa, pues renunció a ese derecho. Tampoco podrá borrar del procedimiento una declaración hecha con todas las garantías procesales. No obstante, la expresión «debidamente informado», en atención a las circunstancias especiales de la víctima, edad y contexto, hace necesario que la información sea dada por personal especializado.

Los representantes legales podrán ejercer la dispensa del menor en los casos en los que carezca de madurez siempre y cuando no exista el conflicto de intereses que se produciría si la dispensa les correspondiera a ellos de manera directa y no ejerciendo los derechos de su representado.

NOTAS

1. SSTC, 300/2005, 31/1981 y 189/1998.
2. SSTS 28/2016, 125/2018 y 30/2020, y ATS 627/2015, entre otras muchas.
3. STS, 79/2016, con sus remisiones a las SSTS: 339/2007, 187/2012, 688/2012, 788/2012, 469/2013 y 553/2014, etc.
4. Conforme a la redacción dada por la modificación llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia al párrafo tercero del art. 448, relativo a la declaración de los testigos menores de edad y personas con discapacidad.
5. Sobre esta cuestión pueden consultarse Juárez López y Sala Berga (2011: 28-33); y Silva, Manzanero y Contreras (2018).
6. Sobre la capacidad para ser testigo de una persona con discapacidad o de un menor de edad, la STS 422/2016 declaró: «[...] En el proceso penal, el testigo se limita a participar al tribunal unos hechos desprovistos de cualquier valoración que el testigo pueda realizar y su testimonio será eficaz o no para el enjuiciamiento y acreditación de unos hechos en función de que lo que haya visto y presenciado lo comunique al tribunal del enjuiciamiento que lo valorará teniendo en cuenta la capacidad de percepción y convicción del testigo».
7. Sobre el nacimiento y desarrollo de la inteligencia del niño, *vid.* Piaget (2014).

8. Silva, Manzanero y Contreras (2018). Los autores llevan a cabo un estudio sobre la memoria y el lenguaje en las pruebas testificales con menores en una franja de edad entre tres y seis años.
9. Juárez López y Sala Berga (2011: 14-68) analizan todos aquellos factores, tanto cognitivos como psicosociales, que influyen en el testimonio de los niños/as en edad preescolar: la memoria, el lenguaje, el pensamiento, la sugestionabilidad y el desarrollo moral y la mentira. *Vid.*, también, Ripollés García (2022: 5-10).
10. STS 596/2022.
11. Andrés Joven (2022: 4).
12. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 16 de junio de 2005. Caso *Pupino*.
13. STS 179/2014 y 690/2021: «La valoración del testimonio del menor presenta ciertas peculiaridades respecto de otro tipo de testimonios. Los estudios psicológicos sobre la materia arrojan unas conclusiones y unos cánones y criterios de valoración que no pueden ser despreciados: debe propiciarse la entrada de esos elementos periciales de valoración de la credibilidad del testimonio de menores, mediante peritajes de psicólogos que, sin suplantar la función judicial, coadyuven con la misma».
14. Andrés Joven (2022: 20)
15. Todo ello en atención a lo dispuesto en el art. 13 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Ratificado por España el 23 de noviembre de 2007 (BOE 96, de 21 de abril de 2008).
16. Sobre esta cuestión, Endara Rosales (2022). El autor lleva a cabo un estudio sobre las barreras de acceso a la Justicia que tienen todas aquellas personas con determinados déficits que les impiden participar en condiciones de igualdad en el proceso. También, Ripollés García (2022: 2).
17. STS, Pleno, 389/2020 (Marchena, ⁶2016). A partir de la página 1030, el autor recoge la jurisprudencia de la Sala II sobre este extremo.
18. STS, 485/2021.
19. Fernández (2022: 1-2); y Andrés Joven (2022: 17).
20. STS 486/2016.
21. La STS 699/2014, Pleno, señala: «[...] conviene proclamar como punto de partida que la previsión del art. 416 LECrim es una garantía establecida para el testigo y no para el imputado. No es un derecho de este, sino de aquel». *Vid.*, también, Fernández (2022: 2); y Andrés Joven (2022: 20).
22. STC, Pleno, 99/2019, de 18 de julio, sobre cuestión de inconstitucionalidad 1595-2016. Planteada por la Sala de lo Civil del TS respecto al artículo 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las *personas*. «[...] también los menores de edad son titulares de los derechos fundamentales. Es abundante el acervo doctrinal que afirma, como “parte del contenido esencial del art. 24.1 CE”, el derecho de cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, a ser oído en vía judicial en la adopción de medidas que afectan a su esfera personal [...] Por su parte, la STC 154/2002 [...] ha reconocido que el ámbito de autodeterminación sobre decisiones vitales —el rechazo de una transfusión de sangre a pesar de conllevar peligro para su vida— no solo se predica del mayor de edad sino igualmente de quien es menor de edad, menor que aparte de titular pleno de la libertad de creencias debe, cuando se trata de opciones personalísimas como la decisión vital de aceptar o rechazar una transfusión sanguínea por razón de creencias y se dispone de madurez suficiente que le habilite, reconocérsele la responsabilidad del ejercicio del derecho fundamental».

23. STS 209/2017: «El estatuto jurídico del menor conformado a partir del Código Civil y la LO 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor (recientemente reformados ambos textos por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia), invitan a entender, como dijimos en la sentencia que acabamos de citar, que el acceso a la dispensa de declarar que incorpora al artículo 416.1 LECrim no está supeditado a la mayoría de edad». A continuación, la sentencia señala todo un conjunto de normas en la que la minoría de edad no es un obstáculo para el ejercicio de derechos.

24. STS 663/2018: «La jurisprudencia de esta Sala ha entendido que tal advertencia es necesaria cuando los menores tengan la suficiente madurez. Aspecto este que puede depender de numerosas circunstancias que deben ser valoradas expresamente por el Tribunal. Cuando carecen de la necesaria madurez, la decisión corresponde al progenitor no privado de la patria potestad y que sea ajeno a los hechos objeto del proceso. En el mismo sentido, STS 130/2019, en este caso el menor tenía 7 años».

25. Castillejo (2020).

26. STS 389/2020.

27. Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal.

28. STS 329/2021. La STS 803/2014, niega de manera directa la madurez para captar el alcance del conflicto a un niño de once años. Por el contrario, la SAP de Madrid, Sec. 27, de 13 de mayo, N.º 303/2022, entiende correcta el ofrecimiento de la dispensa, así como su acogimiento por un menor de once años, en la condición de testigo en un delito lesiones de violencia sobre la mujer. Magro Servet, en sus conclusiones, la sitúa en los 14 años, ya que el art. 449 ter LECrim. permite al juez dispensarles de que tengan que acudir al juicio oral. Cfr. Magro (2021); y López García-Nieto (2022). Salvo que concurran circunstancias especiales que revelen que esa edad es prematura, esta última autora sitúa esa capacidad entre los 12 y 14 años.

29. Otro ejemplo lo encontramos en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en la que se impone oír la opinión del menor en la toma de decisión de una intervención con grave riesgo solo si cuenta con 12 años.

30. STS 329/2021.

31. STS 342/2021.

32. Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007.

33. Andrés Joven (2022: 19).

34. Andrés Joven (2022: 19); y Ortega (2021). Este autor señala los requisitos de la información a la hora de denunciar para que tenga consecuencias procesales posteriores la denuncia en relación con la dispensa.

35. Andrés Joven (2022: 4).

36. STS 663/2018 y 130/2019; y Fernández (2022: 4).

37. STS 225/2020.

38. En contra, Rodríguez (2021).

39. Sánchez Melgar (2021).

40. STS 389/2020, Pleno.
41. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013. Sentencia *Del Río Prada*.
42. STS 389/2020, Pleno.
43. Sobre las consecuencias de la denuncia con relación a la dispensa, *vid.* Ortega (2021).
44. Magro (2021).
45. En contra, Rodríguez (2021). Para esta autora, partiendo de lo declarado en uno de los votos particulares de la sentencia, entiende que el derecho de dispensa no surge en bloque y que, por tanto, puede ejercitarse en cada momento en el que se preste declaración, pues la posibilidad de dispensa solo afecta a la concreta declaración en que se ha realizado, sin ninguna consecuencia futura.

REFERENCIA JURISPRUDENCIAL

Tribunal Constitucional

- STC, 31/1981, de 28 de julio.
 STC, 300/2005, de 21 de noviembre.
 STC, Pleno, 99/2019, de 18 de julio, sobre cuestión de inconstitucionalidad 1595-2016. Planteada por la Sala de lo Civil del TS respecto al artículo 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

Tribunal Supremo, Sala II

- STS, Pleno, 699/2014, de 28 de octubre.
 ATS, 627/2015, de 23 de abril.
 STS, 28/2016, de 20 de enero.
 ATS, 79/2016, de 21 de enero.
 STS, 264/2016, de 4 de abril.
 STS, 422/2016, de 18 de mayo.
 STS, 486/2016, de 7 de junio.
 STS, 686/2016, de 26 de julio.
 STS, 209/2017, de 28 de marzo.
 STS, 125/2018, de 15 de marzo.
 STS, 342/2018, de 10 de julio.
 STS, 503/2018, de 25 de octubre.
 STS, 538/2018, de 8 de noviembre.
 STS, 663/2018, de 17 de diciembre.
 STS, 706/2018, de 15 de enero.
 STS, 130/2019, de 12 de marzo.
 STS, 30/2020, de 4 de febrero.
 STS, 225/2020, de 25 de mayo.
 STS, 293/2020, de 10 de junio.
 STS, Pleno, 389/20, de 10 de julio.
 STS, 467/2020, de 21 de septiembre.
 STS, 329/2021, de 22 de abril.
 STS, 485/2021, de 3 de junio.

STS, 692/2021, de 15 de septiembre.
STS, 671/2021, de 9 de septiembre.
STS, 596/2022, de 15 de junio.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS JOVEN, Joaquín María (2022): *La intervención de niños y adolescentes en los procesos penales*, Madrid: CGPJ.
- CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (2020): «Nueva doctrina jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en violencia de género», *Diario LA LEY*, 9713.
- ENDARA ROSALES, Juan (2022): *La facilitación en el acceso a la Justicia*, Madrid: Plena Inclusión España.
- JUÁREZ LÓPEZ, Josep Ramón y Eva SALA BERGA (2011): *Entrevistando a niños preescolares víctimas de abuso sexual y/o maltrato familiar: eficacia de los modelos de entrevista forense*, Barcelona: Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia.
- LÓPEZ GARCÍA-NIETO, Isabel (2022): «Análisis de la nueva redacción del art. 416 de la LECrim, establecida por Ley Orgánica 8/2021» [en línea] <<https://elderecho.com/analisis-nueva-redaccion-articulo-416-ley-enjuiciamiento-criminal>>. [Consulta: 19/04/2023.]
- MAGRO SERVET, Vicente (2021): «Análisis de la reforma procesal de la Ley Orgánica de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia», *Diario LA LEY*, 9862.
- MARCHENA GÓMEZ, Manuel (2016): «La prueba testifical», en A.P. Rives Seva (Dir.), *La prueba en el Proceso Penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, vol. 1, Pamplona: Aranzadi.
- ORTEGA CALDERÓN, José Luis (2021): «Denuncia y Artículo 416.1.5º LECrim tras la reforma operada por LO 8/21 de 4 de Junio» [en línea] <<https://elderecho.com/denuncia-y-articulo-416-1-5o-lecrim-tras-la-reforma-operada-por-lo-8-21-de-4-de-junio>>. [Consulta: 19/04/2023.]
- PIAGET, Jean (2014): *El nacimiento de la inteligencia del niño*, Barcelona: Editorial Crítica.
- RIPOLLÉS GARCÍA, Alicia (2022): «Impacto psicológico del paso por los tribunales de niños y niñas. Recuperación», Madrid: CGPJ.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana (2021): «Claves de la reforma de la dispensa del deber de declarar ex LO 8/2021, de 4 junio», *Diario LA LEY*, 9916.
- SÁNCHEZ MELGAR, Julián (2021): «Nuevo marco de la dispensa a la obligación de declarar. A propósito de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 junio» [en línea] <<https://elderecho.com/nuevo-marco-de-la-dispensa-a-la-obligacion-de-declarar-a-proposito-de-la-ley-organica-8-2021-de-4-junio>>. [Consulta: 19/04/2023.]
- SILVA, Eva A., Antonio L. MANZANERO, Antonio y María José CONTRERAS (2018): *CAPALIST. Valoración de capacidades para testificar*, Madrid: Dykinson.

Fecha de recepción: 12 de febrero de 2023.

Fecha de aceptación: 6 de mayo de 2023.

REPENSANDO EL DELITO DE FALSIFICACIÓN DOCUMENTAL
A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE *NE BIS IN IDEM*
*RETHINKING THE OFFENCE OF DOCUMENT FORGERY IN THE
LIGHT OF THE PRINCIPLE OF NE BIS IN IDEM*

Pablo Hernández-Romo Valencia*
Abogado postulante**

*No podemos descartar una idea simplemente porque no encaje
con nuestras creencias actuales.*

RESUMEN

El delito de falsificación de documentos no puede considerarse como un delito autónomo, toda vez que siempre formará parte de un delito principal o delito fin. Si se entiende que todo el que falsifica y/o utiliza un documento falso lo hace para engañar, es claro que en todos aquellos delitos en los que se utilice el documento falso formará parte del *iter criminis* del delito principal. Entonces, no puede fragmentarse un delito principal y crear distintos tipos que siempre formarán parte del delito principal, toda vez que se vulnerará el derecho fundamental al *bis in idem*. Analizado lo anterior, concluyo que no puede existir un bien jurídico en la falsedad documental, ya que la conducta forma parte del delito principal; en caso contrario, se sancionará dos veces por el mismo hecho.

PALABRAS CLAVE

Bis in idem, falsificación documental, *iter criminis*, delito autónomo, bien jurídico.

ABSTRACT

The crime of forgery cannot be considered as an autonomous crime since it will always be part of a main or final crime. If it is understood that everyone who forges and/or uses a false document does so to deceive, all those crimes in which a false document is used will necessarily form part of the *iter criminis* of the main crime. Then, a principal crime cannot be fragmented to create different crimes that will always be part of the main crime, since the fundamental right to double jeopardy will be violated. Analyzing the above, I conclude that there's no social harm in the crime of forgery, since the only possible social harm is found in the main crime; otherwise, a person will be sanctioned twice for the same act.

KEY WORDS

Bis in idem, forgery, *iter criminis*, autonomus crime, social harm.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2023.075>

* Quiero dejar patente el enorme agradecimiento a mi hijo Pablo Hernández-Romo Merodio, estudiante de la Universidad de Bayreuth, Alemania, por su ayuda para la traducción de los libros germanos citados en este trabajo.

** Master of Laws, Northwestern University, Chicago, IL, EE. UU. Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante, España. E-mail: pablohrv@hroabogados.com

REPENSANDO EL DELITO DE FALSIFICACIÓN DOCUMENTAL A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE *NE BIS IN IDEM*

Pablo Hernández-Romo Valencia

Abogado postulante

Sumario: 1. Introducción. 2. Falsificación documental. 3. El bien jurídico en la falsedad documental. 4. El *iter criminis*. 5. *Non bis in idem*. 6. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El delito de falsificación documental se comete con tanta frecuencia que difícilmente podríamos hacernos una idea de su asiduidad. En la sociedad actual, el deseo de tener más o de sacar provecho de distintas circunstancias hace que el engaño sea el medio adecuado para lograr esos propósitos. Siempre que se falsifica un documento y/o se utiliza, la finalidad es engañar. La víctima del engaño puede ser una autoridad o a un particular, pero en cualquier caso lo que se busca es hacer que esta persona crea que algo falso es verdadero y, de esta forma, sacar provecho ilícitamente del engaño.

La obtención ilícita de un beneficio puede materializarse de diversas formas: entrar en un país siendo consciente de que la legislación doméstica no lo permite, utilizar un pasaporte falso, conducir en un país con una licencia falsificada teniendo conciencia de que es requisito indispensable con una licencia auténtica para poder conducir, hacerse ilícitamente con una suma de dinero aportando datos falsos a través de un documento; engañar a la autoridad para obtener determinados permisos exigidos para iniciar una construcción, etc.

Si en la mente de quien falsifica y/ o utiliza un documento falso está siempre y en todo momento la voluntad de engañar, por sí o a través de otra persona, surge la siguiente duda: ¿debe sancionarse la falsificación de un documento por utilizarlo o por conseguir el provecho ilícito, o por todas estas conductas? Igual que en otros países, en opinión de la doctrina mayoritaria y del poder judicial español, el bien jurídico en cada uno de estos delitos es distinto y, por lo tanto, deben ser sancionados.

No obstante, a mi juicio, y por las razones que expondré a lo largo de este estudio, sancionar todos estos delitos constituye una violación de los derechos fundamentales, particularmente del principio de *bis in idem*, toda vez que se está sancionado un mismo hecho que ha sido fragmentado y respecto del cual se han creado diversos tipos penales.

El delito de falsificación documental ha sido exhaustivamente analizado en varios países de Europa, entre ellos Alemania, España e Italia. En estos tres países se ha llegado, de una u otra forma, a la misma conclusión, a saber, que este delito protege uno u otro bien jurídico, mismos a los que haré referencia *infra*. En México, país en el que vivo, se han adoptado las ideas principalmente de Italia y de España.

Es necesario adelantar que, a mi juicio, todo lo que se ha dicho sobre el bien jurídico que se protege en dicho delito constituye una mera ideación¹ que vulnera pilares fundamentales del Derecho penal, y que, por lo tanto, no existe razón alguna para que se sancionen las conductas subsumibles en ese tipo penal.

De afirmación anterior surgen los siguientes cuestionamientos: ¿es constitucional sancionar autónomamente el delito de falsificación de documentos y su uso? ¿Qué es lo que se protege en este delito? ¿Acaso la falsificación de documentos no es un acto preparatorio y, en no pocas ocasiones, el uso de estos la tentativa de un delito fin?

Trataré de dar respuesta estos cuestionamientos y explicaré por qué razón no puede existir un bien jurídico en el delito de falsificación de documentos y uso de documento falso respecto de un delito fin, al ser siempre la falsificación fragmento del delito fin y, en muchas ocasiones, la segunda conducta también será un fragmento del delito principal.

2. FALSIFICACIÓN DOCUMENTAL

Muchas personas creen que falsificar consiste únicamente en poner una firma que no es de alguien como si fuera de este; cambiar la fecha de un documento; cambiar unas palabras por otras, etc. No obstante, poca gente sabe que falsificar también puede consistir en asentar como ciertos hechos falsos para hacerlos constar.

El primer supuesto mencionado en el párrafo anterior constituye lo que se conoce en la doctrina como *falsificación material*. El segundo se conoce como *falsificación ideológica*.

La falsificación documental consiste en la alteración o mudamiento de la verdad que trae como consecuencia la creación de una apariencia que no corresponde a la realidad.

Cuando se habla del delito de falsificación de documentos, este debe entenderse como aquel delito consistente en la creación de un documento falso o la modificación material de un documento que ya existe con la intención de engañar a otros². Una modificación material es un cambio o adición que tiene significación legal.

Si bien es necesario distinguir entre los documentos públicos, oficiales o mercantiles y los documentos privados, como hace en el Código Penal español, la realidad es que, en uno y otro caso, cuando los documentos se falsifican la conducta en esencia es la misma, esto es, en los dos supuestos hablamos de documentos que han sido creados o modificados para engañar a alguien.

Siempre que se falsifica un documento, el objetivo es engañar y obtener un beneficio o librarse de un perjuicio³; no hay otra razón por la que se falsifique un documento y se utilice la falsificación. Por ello, afirmo que las falsificaciones documentales constituyen el instrumento a través del cual se busca engañar a otras personas para obtener ilícitamente un fin, razón por la que no deberían considerarse como un delito autónomo⁴. Esto es, la verdadera razón de castigar la falsificación y su uso no es otra que el *peligro del engaño*⁵.

Las razones para engañar pueden ser de muy diversa índole, ya sea para engañar a una persona⁶, al fisco⁷, a los acreedores⁸, a los socios⁹, etc., pero la falsificación siempre tiene por objeto engañar a alguien. Lo extraño es que, en algunas de las conductas antes mencionadas, las penas son muy similares, sin que importe si se exige resultado material alguno. Esto es, en el delito de estafa se exige un resultado material y la pena puede ser de uno a seis años de prisión, mientras que en el párrafo de la tipificación del delito societario no se exige resultado material alguno y la pena puede ser de uno a tres años de prisión, circunstancia que evidencia una patente violación del principio de proporcionalidad.

Se ha considerado que el delito de falsificación de documentos es un delito autónomo. Se entiende que un *delito autónomo* es aquel que no depende de otro. Afirmar que un delito es autónomo resulta sencillo: se dice sin necesidad de añadir nada más. Sin embargo, es preciso analizar a fondo si esa conducta puede en verdad considerarse autónoma o no. A mi juicio, tanto la falsificación de documento como su uso siempre dependerá del delito que tenga como medio comisivo el engaño, razón por la que no podrá ser calificado como un delito autónomo. De hecho, si así fuera considerado, la violación del derecho humano a no ser sancionado dos veces por el mismo delito sería flagrante.

Esta clase de delitos —falsificación— se conocen como delitos de intención, esto es, «[...] aquellos en donde el acontecimiento externo no aparece por sí solo como contrario al Derecho si no se realiza para lograr una específica finalidad del autor»¹⁰. Esa específica finalidad de autor no puede ser otra que la de engañar. Tal como hace ya muchos años se dijo, «[...] por ello falso y engaño son las dos etapas de un camino que culmina en el error o, al menos, que se dirige a este»¹¹.

«Falsificar tiene *siempre* una finalidad; la falsificación por la falsificación no tiene sentido jurídico penal, aunque pudiera tenerlo psicológico y personal [...] De suerte que, falsificar tiene naturaleza de *simple medio*, esto es, tan solo valor instrumental: se falsifica *para* obtener una ventaja ilícita, conseguir un provecho ilegal, etc.»¹².

La falsificación puede consistir en crear una «identificación falsa» para un amigo que es menor de edad y no puede consumir bebidas alcohólicas; crear pasaportes falsos para personas que desean entrar ilegalmente a otros países; o fabricar boletos para un concierto de música en el que ya están agotadas las entradas. La falsificación también puede consistir en alterar o modificar material o fundamentalmente un documento existente.

El castigo de la falsificación documental implica una anticipación en la intervención del Derecho penal¹³. Esto es, estamos en presencia, de hecho, de un acto preparatorio punible, en el que se aprecian actos externos y materiales. Pero no solo eso, la falsedad solo tiene sentido en la medida en que sea utilizada con posterioridad a su realización¹⁴. No debe pasar inadvertido que los actos preparatorios punibles únicamente pueden ser aquellos expresamente castigados por la ley, a saber, la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir¹⁵; ahora bien, estos actos son meramente verbales.

La realidad es que el legislador está sancionando conductas que no deberían sancionarse, toda vez que las mismas no afectan absolutamente nada¹⁶. Tal como ya se ha dicho, estamos en presencia de un delito de mera conducta.

Sostengo que no afecta absolutamente nada, toda vez que a nadie afecta que alguien falsifique un documento, siempre y cuando no lo utilice. Piénsese, por ejemplo, en cualquier clase de falsificación. Si el documento falsificado se guarda o se destruye, nadie habrá sufrido perjuicio alguno.

Castigar esta clase de conductas equivale a castigar cualquier conducta que pueda ser objetivamente peligrosa objetivamente, por ejemplo, portar un machete, comprar un arma de fuego o llevar una botella de vidrio en la mano. Las dos primeras conductas pueden ser sancionadas tanto por el ordenamiento español como por el mejicano, aunque no necesariamente impliquen peligro alguno.

Una vez sentado que el delito de falsificación de documentos es un acto preparatorio, surge la siguiente duda: ¿por qué razón no se sancionan específicamente todos los actos preparatorios posibles respecto de todos los delitos?

Lo primero que he de decir es que considero que los actos preparatorios no deberían sancionarse, toda vez que no existe peligro alguno —o que este muy remoto— como para que se considere necesario que dicha conducta sea elevada al rango de ilícito penal.

No se sabe qué criterio utiliza el legislador para decidir qué delitos de peligro abstracto deben sancionarse y cuáles no.

3. EL BIEN JURÍDICO EN LA FALSEDAD DOCUMENTAL

Conocer cuál es el bien jurídico no es otra cosa que averiguar por qué se castiga como delito alguna conducta; esto es, cuál es el criterio sustancial de incriminación¹⁷.

Las opiniones que se han vertido en relación con el bien jurídico en las falsedades documentales han sido múltiples¹⁸; sin embargo, hay tres posturas principales al respecto.

En un primer momento —y todavía actualmente— se dice que el bien jurídico protegido en España¹⁹ y en Italia²⁰ es *la fe pública*, entendida principalmente como la confianza que el público deposita en que la apariencia de determinados objetos, signos o formas responde a la verdad²¹, como declaran las SSTs de 27 de mayo de 1988 y de 4 de febrero de 1997.

En España²² y Alemania²³, otras posturas alegaban que, de una u otra forma, el bien jurídico protegido, consistía en *la seguridad y autenticidad del tráfico jurídico*. En este sentido se pronuncian las SSTs de 31 de octubre de 2007 y de 11 de diciembre de 2007²⁴.

Opiniones más recientes en España²⁵ consideran que el bien jurídico protegido son *las específicas funciones de los documentos en el tráfico jurídico*. Dichas funciones son tres: la de perpetuación, la de garantía y la probatoria. La primera se refiere a la capacidad del documento de hacer constar su contenido de forma estable (permanencia). La segunda, a su capacidad de identificar a su autor (autenticidad). La tercera, a su capacidad de ser instrumento de prueba de su contenido (veracidad).

Las críticas a todas estas posturas son de sobra conocidas y no constituyen el núcleo de este trabajo, por lo que no las mencionaré.

Como puede apreciarse, lo único que hacen las múltiples opiniones respecto al bien jurídico protegido delito es poner en tela de juicio el principio de ofensividad, dado que no se identifican con precisión cuál es el bien jurídico o si realmente existe alguno, lo cual implica que estamos en presencia de un bien jurídico incomprensible o de generalizaciones nebulosas²⁶ que impiden a las personas hacerse una idea correcta de qué es lo que pretende proteger delito²⁷. A mi juicio, la postura más acertada respecto a cuál podría ser el bien jurídico en este delito es no hay que ocuparse de esa cuestión, dado que es vana y estéril.²⁸

Independientemente de las posturas antes mencionadas, conviene plantearse si, en realidad, puede existir un bien jurídico respecto de un tipo penal que dependerá de otro tipo principal. Me explico.

Antes de analizar este problema, considero necesario hacer referencia a ciertas cuestiones que tienen que ver con el *principio de ofensividad*. Todo delito debe comportar, necesariamente, un daño u ofensa a un bien jurídicamente determinado²⁹; y no puede consistir en una mera desobediencia, es decir, en la violación del deber de obedecer³⁰. Sin embargo, existen ciertas conductas delictivas que están implícitas en otras conductas delictivas, y que, por lo tanto, es erróneo tipificar de forma autónoma, ya que no pueden tener un bien jurídico distinto.

Es decir, no porque el legislador decida crear normas penales estas necesariamente vulneran algún bien jurídico; puede que sean concretamente inofensivas³¹. Es necesario que se analicen las diversas figuras delictivas y se razone sobre si, en realidad, puede existir algún bien jurídico, o si, por el contrario, no puede existir bien jurídico alguno, toda vez que esa conducta forma parte de otro tipo o resulta ser completamente inocua. Sabido es que resulta constitucionalmente ilegítimo el castigo de conductas que no pueden considerarse lesivas.

Como he señalado, el delito de falsificación documental se considera un delito de intención; siempre que se falsifica se falsifica para algo, ese «algo» es, siempre, engañar. No existe otra razón por la cual se falsifique un documento y se use.

Entonces, si se entiende que, cuando se falsifica un documento, es para realizar cualquier otro delito que comprenda el engaño a alguien, entonces puedo afirmar que esa conducta forma parte del *iter criminis* de un delito principal.

Entendido lo anterior, surge la duda: ¿pueden existir diversos bienes jurídicos en un *iter criminis* respecto de un solo delito?

A mi juicio, la respuesta es en sentido negativo, ya que de lo contrario se estaría vulnerando el derecho humano al *non bis in idem*. En efecto, nótese que para castigar un mismo hecho por distintos delitos bastaría fragmentar las conductas y argumentar la lesión de distintos bienes jurídicos para, de esta forma, castigar una misma conducta, pero fragmentada, lo cual es contrario a los derechos fundamentales.

De lo anteriormente expuesto surge otra duda: ¿hasta qué punto cabe fragmentar una conducta, que tiende a un concreto y preciso fin, configurando así varios tipos delictivos?

Para poder comprender todo lo previamente dicho, es necesario recordar el *iter criminis*.

4. EL ITER CRIMINIS

Los diferentes hechos constitutivos de delitos siguen una secuencia de estadios o fases, atraviesan un camino. Ese itinerario —desde la ideación criminal hasta su completa realización— se denomina *iter criminis*.

Conocidas las fases del *iter criminis* —fase interna y fase externa—, me centraré en la fase externa, toda vez que, a efectos de este estudio, es la que cobra mayor relevancia. Esta fase comienza a partir de la exteriorización de la voluntad, desde la que el proceso de realización del delito puede proseguir a través de la preparación y la ejecución hasta la consumación.

En el caso que nos ocupa, la falsificación documental constituye un acto preparatorio de un delito fin, toda vez que es uno de los primeros pasos del mismo, que siempre consistirá en engañar a alguien. En este primer momento, no se sabrá cuál pueda ser el delito, pero los hechos posteriores darán la pauta.

El uso del documento falso podrá constituir el acto ejecutivo del delito fin. Esto es, en no pocas ocasiones el uso del documento falso será la tentativa del delito fin. Con base en lo anterior, puede llegar a ser comprensible que se castigue de forma «autónoma» el delito de uso de documento falso, ya que, a efectos probatorios, siempre es más sencillo probar esto que la tentativa del delito fin³². No por ello es lícito argumentar que se trata de diversos bienes jurídicos, sino que, en algunos casos, es recomendable adelantar las barreras de punibilidad por cuestiones de política criminal.

Entonces, una vez que se conoce el delito fin, esto es, el delito que quiere cometer el sujeto activo, no puede argumentarse que cada estado del *iter criminis* tenga un bien jurídico diverso —los actos preparatorios, los actos ejecutivos y la consumación—, o que, dado que la intención del legislador fue elevar a rango de ilícito penal diversas conductas —actos preparatorios o actos ejecutivos—, por ese hecho deberá sancionarse por ambas conductas o dejar de desconocer que se trata del *iter criminis* en distintas etapas. O, peor aún, que por el solo hecho de que se hayan tipificado distintos delitos que siempre serán el acto preparatorio o el acto ejecutivo de un delito fin, tiene que buscarse un dichoso bien jurídico.

Me explico. Es de suma importancia analizar si una conducta es el estadio previo de otra, como ocurre en la falsificación de documentos, el uso de documentos y el fraude u otros delitos que requieren que haya engaño³³.

Si, una vez analizado lo anterior, se concluye que sí es el caso, por mucho que diga el legislador respecto de la *ratio legis* que justificó la creación de la norma, no pueden subsistir ambos delitos, toda vez que estas constituyen la tentativa —uso de documento falso— o el acto preparatorio —falsificación de documentos— del delito fin³⁴. Por ello, si se castiga por ambas o por todas ellas se estará en presencia de *bis in idem*.

Aunado a lo anterior, carece de sentido que estos delitos puedan tener vida propia esos o estén regulados de forma autónoma. Veamos. Si la tentativa del fraude y cualquier otro delito que implique el engaño como conducta puede aplicarse, debe aplicarse este. Argumentar que el bien jurídico en un delito y en otro es distinto, cuando siempre forman parte del delito fin, implica no ser respetuosos con el derecho fundamental al *non bis in idem*.

De acuerdo con lo anterior, lo lógico es que el delito de falsificación de documentos tenga asignada una pena menor que la del delito de uso de documento falso y, por supuesto, menor que la del delito fin³⁵. En este sentido, lo ideal sería que la pena para el uso de documento falso fuera la misma que para la tentativa del delito fin. Solo de esta forma puede afirmarse que se respeta el *principio de proporcionalidad de las penas*³⁶.

Entendido lo anterior, surge la siguiente la duda: ¿si se puede sancionar la tentativa del delito fin, qué sentido tiene que esas conductas —falsificación de documentos y uso de documento falso— puedan sancionarse de forma autónoma? Si es lo mismo, debería haber una sola pena, que deberá aplicarse de conformidad con el estadio que le corresponda. Esto es, si se trata de un acto ejecutivo, ciertamente no podrá tener la misma pena que el delito principal consumado.

Lo anterior vale siempre que se tenga en mente que habrá ocasiones en las que se sancionará de forma «autónoma» el delito de uso de documento falso, ya que es posible que, por la razón que sea, el legislador no considere delictivo el engaño que ha intentado producir o que ha producido el uso del documento falso.

Lo que, ciertamente, es anómalo —y rechazable— es que se castigue con sanción administrativa el uso de documento falso ante o por alguna autoridad³⁷, previsión normativa que que no existe en España, pero sí en otros países. Esto también violaría el principio de proporcionalidad de las penas. En efecto, si la conducta de uso de documento falso está sancionada penalmente, no es lógico que, si se utiliza ese documento ante alguna autoridad, se imponga una sanción administrativa por ese hecho. Esto es, si falsificar un documento y usarlo se considera delictivo, es contrario a la lógica que si el documento se usa ante una autoridad esa conducta sea considerada como un ilícito administrativo. Lo lógico sería que esa última conducta se considerara también delito.

El supuesto anterior contradice absolutamente el principio general del Derecho que establece *a minori ad maius*, es decir, el principio de acuerdo con el cual si está prohibido lo menos, está prohibido lo más. Es decir, es contrario a la lógica que se sancione penalmente la falsificación y el uso de documento falso, pero que, si se usa ante una autoridad administrativa con alguno de los propósitos mencionados en esa ley, no se castigue penalmente, sino administrativamente.

5. *NON BIS IN IDEM*

El derecho fundamental al *non bis in idem* tiene una vertiente material que se refiere a que nadie puede ser sancionado dos veces por el mismo hecho, siempre y cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento, esto es, siempre que se dé el mismo contenido de injusto, pues si se lesionaran bienes jurídicos distintos, protegidos por preceptos penales diversos, entonces se sancionarían de forma distinta y no se vulneraría el derecho fundamental ahora referido, sino que la cuestión se resolvería a través del concurso de delitos³⁸.

El derecho fundamental al *non bis in idem* está regulado en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone:

«Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país».

Nótese que, entonces, para saber si se está en presencia de *bis in idem*, habrá que estar a lo que diga la doctrina o el poder judicial; esto es, lo que ellos consideren que es el bien jurídico, hecho que deja en estado de indefensión a cualquier persona, ya que dependerá de cuál se considere el bien jurídico para, de esa forma, sancionar dos veces por el mismo hecho.

Aquí conviene recordar las múltiples posturas respecto al bien jurídico en el delito de falsificación documental y el alcance de estas, ya que el eventual doble castigo por el mismo delito dependerá de la tesis que se sostenga.

Es importante apreciar que, al no existir seguridad o unanimidad en torno a cuál es supuesto bien jurídico, estaremos presencia de una gran inseguridad jurídica. Sin embargo, es necesario recordar que estos problemas ya se han presentado en la práctica en España. Baste recordar el caso que resolvió el ex vicepresidente del Tribunal Constitucional Español, Tomás Vives, cuando juzgó un caso de tráfico de estupefacientes en el habían recaído dos resoluciones previas que sancionaron a las personas por contrabando y por tráfico de estupefacientes porque se había considerado que el bien jurídico protegido en estos delitos era distinto. Sin embargo, cuando surgió un nuevo caso y tuvo que resolver el jurista antes mencionado, este determinó que se estaba en presencia de la misma conducta con distinta nominación y que, por lo tanto, el bien jurídico no podía ser distinto, sino que debería ser el mismo y, por lo tanto, que la imposición de sanciones por ambas conductas implicaba *bis in idem*³⁹.

Pues bien, lo mismo sucede con el delito de uso de documento falso y cualquier otro delito en el que se exija engaño, siempre que se utilice un documento falso. Es cosa de analizar los tipos penales. Si se castiga, por ejemplo, por uso de documento falso y fraude, estamos en presencia de *bis in idem*⁴⁰, toda vez que el uso de documento falso constituye el engaño en el fraude; y lo mismo sucede en cualquier otro delito que implique engaño, siempre que esta sea la forma de engañar.

Independientemente de lo anterior, también constituirá *bis in idem* el supuesto de un tipo de fraude, como puede ser la defraudación fiscal, en el que se aplique como agravante la utilización de documentos falsos, ya que esta conducta forma parte del engaño en ese delito⁴¹.

De lo anterior cabe colegir que no es correcto apearse a ideas previas simplemente porque las hayan dicho varios tratadistas o porque así lo haya señalado el Tribunal Supremo o el Tribunal Constitucional; hay que continuar explorando otros ángulos y, si nos percatamos de que no íbamos por el camino correcto, lo adecuado es reconducir el análisis para retomar el camino adecuado.

6. CONCLUSIONES

Primera. Quien falsifica un documento y lo usa siempre lo hace para engañar a otra persona.

Segunda. Sancionar por falsificar un documento por su uso y por el delito fin implica una violación del *bis in idem*, toda vez que estas conductas forman parte del *iter criminis* y que se está sancionando un mismo hecho que ha sido fragmentado y respecto del cual se han creado diversos tipos.

Tercera. No pueden existir diversos bienes jurídicos respecto del *iter criminis* de un delito principal o delito fin, aunque se fragmente este, toda vez que el único bien jurídico será el del delito principal. De lo contrario, podrán crearse tantos bienes jurídicos como a alguien se le ocurra, hipótesis que, ciertamente, es contraria al principio de ofensividad, así como al derecho humano al *bis in idem*.

Cuarta. No puede existir un bien jurídico respecto del delito de falsificación documental.

NOTAS

1. En sentido similar, desde hace muchos años, *vid.* Carnelutti (2004: 21-22).
2. Lippman (²2010: 477).
3. En este sentido, en Italia, Carnelutti (2004: 55), para quien «[...] no se falsifica solamente para engañar sino para *obtener mediante el engaño aquello que sin este no sería posible tomar*»; y Fiandaca y Musco (²1997: 567). De otra postura, Casas Barquero (1984: 150), para quien «[...] sin duda alguna debe admitirse que la falsedad es delito en sí mismo considerado y que, aunque en gran número de ocasiones la falsificación tienda a lesionar ulteriores intereses, ello en modo alguno obstaculiza que la misma se presente con perfecta autonomía, agotándose y perfeccionándose sin que cualquier otro bien o interés sea dañado».
4. Queralt Jiménez (1996: 500).
5. Carnelutti (2004: 60).
6. Cfr. Artículos 249 y 250 del Código Penal español.
7. Cfr. Artículo 305 del Código Penal español.
8. Cfr. Artículo 259 del Código Penal español.
9. Cfr. Artículo 290 del Código Penal español.
10. Cobo del Rosal y Vives Antón (⁵1999: 401-402).
11. Carnelutti (2004: 51).
12. Cobo del Rosal (1995: 438). En idéntico sentido, en Italia, *vid.* Antolisei (¹¹1995: 61).
13. Silva Sánchez (2006: 289).
14. Cobo del Rosal (1995: 438).
15. Artículos 17 y 18 del Código Penal español.
16. En sentido similar, Queralt Jiménez (1996: 499), para quien «[...] la falta de sustantividad de estos delitos».
17. Cobo del Rosal (1995: 437).

18. Jiménez Asenjo (1958: 473), para quien el bien jurídico protegido era *la verdad documental* con rigor, dada su trascendencia pública. En sentido similar en EE. UU., Lippman (²2010: 477), para quien la *ratio* por la que se sanciona el delito de falsificación es asegurar que la gente puede confiar en la autenticidad o veracidad de los documentos. Otros consideraron que dicho delito era pluriofensivo, entre ellos Quintano Ripollés (1952: 81-82); Arroyo de las Heras (2005: 150); Antolisei (¹¹1995: 63-64); y Fiandaca y Musco (²1997: 567 ss.) Las últimas posturas en Italia hacen referencia *al buen desempeño de la administración pública*. Vid. De Amicis (2016: 94 ss.).

19. Ferrer Sama (1948: 325-326); Camargo Hernández (1957: 530); Cuello Calón (¹⁴1975: 255); Bustos Ramírez (²1991: 337); Muñoz Conde (⁷1988: 475-476), para quien «[...] *la fe pública* que se protege por el Estado en cuanto es necesaria para el tráfico jurídico y puede servir como medio de prueba o autenticación»; Cobo del Rosal (1995: 439); Bacigalupo (1999: 4); Escobar Jiménez (³2001: 2217); Calderón y Choclán (2004: 860); y Navarro Frías (²2022: 676).

20. Ranieri (1962: 587 ss.); Manzini (⁵1986: 501-503); Maggiore (²2000: 542-543); y Piffer (⁶2001: 1628).

21. En México, la doctrina casi unánime considera que en el delito de falsificación de documentos el bien jurídico protegido es la *fe pública*. Vid. Jiménez Huerta (1985: 206); Díaz de León (2001: 1213); González de la Vega (2003: 78); Reynoso Dávila (2003: 459 y ss.), autor que primero hace referencia a la fe pública, pero que posteriormente alude a la «veracidad de los documentos»; Pavón Vasconcelos y Vargas López (2004: 58); y López Betancourt (²2008: 322). Algún autor consideró que el bien jurídico era «la veracidad de los documentos» (González de la Vega,¹⁰1992: 363).

22. Rodríguez Devesa (¹⁰1987: 977); Morillas Cueva y Portilla Contreras (1994: 477); Queralt Jiménez (1996: 500); Orts Berenguer (1996: 1738-1739; ³2010: 675); Gordillo Álvarez-Valdés (2001: 523); Serrano Gómez (2002: 725); Conde-Pumpido Ferreiro (2004: 1155); Quintero Olivares (⁷2008: 1539); y Fraile Coloma (2015: 81).

23. Mezger (1959: 300); Roxin, Arzt y Tiedemann (1989: 104), que sostienen: «El falsificador atenta contra la colectividad en tanto que lesiona el interés público por la veracidad de los medios de prueba en el tráfico jurídico»; Hassemer y Muñoz Conde (⁷1988: 109), para quienes «[...] las falsedades documentales no como delitos contra la seguridad del tráfico jurídico, sino como delitos contra la totalidad de los participantes en ese tráfico y, por tanto, de los interesados en los medios probatorios». Jakobs (2011: 37); Heine y Schuster (³⁰2019: 2792); y Rengier (²¹2020: 312).

24. En estas resoluciones se hace referencia a proteger la fe y la seguridad en el tráfico jurídico.

25. García Cantizano (1994: 134; 1997: 40 y ss.); Lascraín Sánchez (1997: 1062); Echano Basaldúa (1998: 768-769); Villacampa Estiarte (1999: 94-95); Jaén Vallejo (2004: 1011); Rodríguez Mourullo *et al.* (2004: 2175); Silva Sánchez (2006: 289-290); Gómez Martín (2011: 855); Morillas Cueva (⁴2021: 1184); y Muñoz Conde (²⁰2015: 625-626).

26. Hassemer (2007: 104).

27. Quintero Olivares (2004: 140).

28. Carnelutti (2004: 21).

29. Cobo del Rosal y Vives Antón (⁵1999: 316).

30. Ramacci (³2005: 95).

31. *Ibidem*: 96).

32. American Law Institute (1980: 284)

33. Ejemplos de esos delitos en México son la falsificación de moneda (artículo 234 del Código Penal Federal); el tipificado en el artículo 246 del Código Penal Federal, el allanamiento de morada (artículo 285 del Código Penal Federal) y el despojo (artículo 395 del Código Penal Federal), entre otros.

34. En sentido similar, American Law Institute (1980: 283).

35. Hecho que no sucede en México, donde se impone la misma pena para el delito de falsificación de documentos y para el uso de estos, como puede apreciarse en los artículos 243 y 246, ambos del Código Penal Federal. La pena para quien falsifique documentos públicos es de cuatro a ocho años de prisión y multa y, si se trata de documentos privados, la pena es de seis meses a cinco años y multa.

No obstante, el artículo 251 del Código Penal Federal establece que, si se utilizan los documentos falsos, se acumulará la falsificación y el delito que por medio de ella hubiere cometido el delincuente. Esto es, el legislador está estableciendo que entre la falsificación y el delito fin siempre se estará en presencia de un concurso de delitos. Si se cometiera el delito de fraude utilizando documentos falsificados, en México la pena más alta podría ser de tres a doce años de prisión y multa. Ahora bien, de conformidad con el artículo 63 del Código Penal Federal, al responsable de la tentativa punible podrá aplicársele hasta dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer de haberse consumado el delito que quiso realizar, salvo disposición en contrario. Esto es, se le podría aplicar una pena de hasta ocho años. Nótese el absurdo.

36. Principio que en México se encuentra regulado en el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

37. Esto se aprecia en México en la Ley General de Responsabilidades Administrativas, en sus artículos 59, 60, 63, 69. Especialmente absurdo es el último de los artículos mencionados. Lo transcribiré para que el lector pueda apreciarlo. El artículo 65 de esa ley establece que los actos de particulares previstos en el Capítulo III se consideran vinculados a faltas administrativas graves, por lo que su comisión será sancionada en términos de esa ley.

Artículo 69. «Será responsable de utilización de información falsa el particular que presente documentación o información falsa o alterada, o simulen el cumplimiento de requisitos o reglas establecidos en los procedimientos administrativos, con el propósito de lograr una autorización, un beneficio, una ventaja o de perjudicar a persona alguna [...]».

38. Carbonell Mateu (³1999: 153 ss.).

39. Vives Antón (1995: 45 ss.).

40. American Law Institute (1980: 285).

41. Esto sucede en México, como se puede apreciar en el artículo 108 del Código Fiscal de la Federación.

BIBLIOGRAFÍA

American Law Institute (1980): *Model penal code and commentaries*, Part II, vol. II, Philadelphia: The American Law Institute.

ANTOLISEI, Francesco (¹¹1995): *Manuale di Diritto penale. Parte speciale, II*, Milán: Giuffrè.

- ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso (2005): *Los delitos de estafa y falsedad documental*, Barcelona: Bosch.
- BACIGALUPO, Enrique (1999): *El delito de falsedad documental*, Madrid: Dykinson.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (21991): *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Barcelona: Ariel.
- CALDERÓN, Ángel y José Antonio CHOCLÁN (2004): *Código Penal comentado*, Bilbao: Deusto.
- CAMARGO HERNÁNDEZ, César (1957): «Falsificación de documentos públicos», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, X(III), 519-535.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos (31999): *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- CARNELUTTI, Francesco (2004): *Teoría del falso y el daño y el delito*, Buenos Aires: Librería El foro.
- CASAS BARQUERO, Enrique (1984): *El delito de falsedad en documento privado*, Barcelona: Bosch.
- COBO DEL ROSAL, Manuel (1995): «Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad», *Cuadernos de Política Criminal*, 56, 429-446.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y Tomás S. VIVES ANTÓN (51999): *Derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (22004): «De las falsedades», en C. Conde-Pumpido Ferreiro (dir.), *Código penal comentado. Con concordancias y jurisprudencia*, t. II, Barcelona: Bosch, 1149-1158.
- CUELLO CALÓN, Eugenio (141975): *Derecho penal. (Parte especial)*, t. II, vol. I, Barcelona: Ariel.
- DE AMICIS, Gaetano (2016): «Della falsità in atti», en G. Lattanzi, Giorgio y E. Lupo (eds.), *Codice penale. Rassegna di Giurisprudenza e di dottrina*, vol. VI, Milán: Giuffrè, 86-186.
- DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio (52001): *Código penal federal con comentarios*, t. II, México: Porrúa.
- ECHANO BASALDÚA, Juan Ignacio (1998): «Falsedades», en M. Bajo Fernández (dir.), *Compendio de Derecho penal. (Parte especial)*, vol. II, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 765-814.
- ESCOBAR JIMÉNEZ, Rafael (32001): «De las falsedades documentales», en A. Del Moral García e I. Serrano Butragueño (coords.), *Código penal. Comentarios y jurisprudencia (Adaptada al euro)*, t. II, Granada: Comares, 2217-2222.
- FERRER SAMA, Antonio (1948): *Comentarios al Código Penal*, t. III, Murcia: Sucesores de Nogués.
- FIANDACA, Giovanni y Enzo MUSCO (21997): *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Bologna: Zanichelli.
- FRAILE COLOMA, Carlos (2015): «Artículo 390», en M. Gómez Tomillo (dir.), *Comentarios prácticos al Código penal*, t. V, Navarra: Thomson Reuters/Aranzadi, 71-91.
- GARCÍA CANTIZANO, M.ª del Carmen (1994): *Falsedades documentales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (1997): *Falsedades documentales (en el Código Penal de 1995)*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor (2011): «De las falsedades documentales», en M. Corcoy Bidasolo y S. Mir Puig (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 855-860.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco (101992): *El Código penal comentado*, México: Porrúa.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, René (2003): *Tratado sobre la ley penal mexicana*, t. II, México: Porrúa/UNAM.
- GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, Ignacio (2001): «Falsedades», en C. Lamarca Pérez (coord.), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Madrid: Colex, 517-547.
- HEINE, Günther y Frank SCHUSTER (302019): «§ 267 Urkundenfälschung», en Schönke y Schröder (eds.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, Munich: Beck oHG, 2790-2815.
- HASSEMER, Winfried (2007): «¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?», en R. Hefendehl (ed.): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons, 95-104.
- HASSEMER, Winfried y Francisco MUÑOZ CONDE (1989): *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

- JAÉN VALLEJO, Manuel (2004): «Las falsedades documentales», en J. López Barja de Quiroga y J.M. Zugaldía Espinar (coords.), *Dogmática y Ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Madrid: Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset/Marcial Pons, 1007-1020.
- JAKOBS, Günther (2011): *Falsedad documental. Revisión de un delito de engaño*, Madrid: Marcial Pons.
- JIMÉNEZ ASENJO, Enrique (1958): «Falsificación de documentos», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo IX, Barcelona: Francisco Seix, 472-502.
- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano (³1985): *Derecho penal mexicano*, t. V, México: Porrúa.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (1997): «De las falsedades», en G. Rodríguez Mourullo (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid: Civitas, 2173-2179.
- LIPPMAN, Matthew (²2010): *Contemporary criminal law. Concepts, cases, and controversies*, Nueva York: Sage.
- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo (²2008): *Delitos en particular*, t. V, México: Porrúa.
- MAGGIORE, Giuseppe (²2000): *Derecho penal. Parte especial*, vol. III, Colombia: Temis.
- MANZINI, Vincenzo (⁵1986): *Trattato di Diritto Penale Italiano*, vol. VI, Turín: UTET.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo (⁴2021): «Falsedades», en L. Morillas Cueva (dir.), *Sistema de Derecho penal. Parte especial*, Madrid: Dykinson, 1183-1213.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo y Guillermo PORTILLA CONTRERAS (1994): «Las falsedades», en M. Cobo del Rosal (dir.), *Manual de derecho penal. (Parte especial)*, Tomo III, Madrid: EDERSA, 513-534.
- MEZGER, Edmund (1959): *Derecho penal. Parte especial. Libro de estudio*, traducción de la 4.ª edición alemana (1954) por Conrado A. Finzi, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (⁷1988): *Derecho penal. Parte especial*, Valencia: Tirant lo Blanch.
– (²⁰2015): *Derecho penal. Parte especial*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- NAVARRO FRÍAS, Irene (²2022): «Delito de falsedades», en C. M. Romeo Casabona, E. Sola Reche, y M. Boldova Pasamar (coords.), *Derecho penal. Parte especial*, Granada: Comares, 675-702.
- ORTS BERENGUER, Enrique (1996): «De las falsedades documentales», en T.S. Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, Valencia: Tirant lo Blanch, 1737-1752.
– (³2010): «Falsedades», en AA. VV., *Derecho penal. Parte especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 671-695.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco y Gilberto VARGAS LÓPEZ (2004): *Derecho penal mexicano. Parte especial*, vol. IV, México: Porrúa.
- PIFFER, Guido (⁶2001): «Della falsità in atti», en A. Crespi, G. Zuccalà y F. Stella (eds.), *Commentario breve al Codice Penale*, Padua: CEDAM, 1628-1722.
- Queralt Jiménez, Joan J. (³1996): *Derecho penal español. Parte especial*, Barcelona: Bosch.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio (1952): *La falsedad documental*, Madrid: Reus.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (2004): *Adónde va el Derecho penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los penalistas españoles*, Madrid: Civitas/Thomson.
– (⁷2008): «De las falsedades documentales», en G. Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, Pamplona: Aranzadi, 1537-1546.
- RAMACCI, Fabrizio (³2005): *Corso di Diritto penale*, Turín: Giappichelli.
- RANIERI, Silvio (²1962): *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, Padua: CEDAM.
- RENGIER, Rudolf (²¹2020): *Strafrecht. Besonderer Teil II*, Munich: Beck oHG.
- REYNOSO DÁVILA, Roberto (2003): *Código penal federal comentado*, México: Porrúa.
- RODRÍGUEZ DEvesa, José María (¹⁰1987): *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid: Dykinson.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo et al. (2004): *Código penal*, Madrid: Thomson-Civitas.
- ROXIN, Claus, Gunther Arzt y Klaus Tiedemann (1989): *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, Barcelona: Ariel.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso (⁷2002): *Derecho penal. Parte especial*, Madrid: Dykinson.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2006): «Las falsedades documentales», en J.M. Silva Sánchez (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Barcelona: Atelier, 287-301.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (1999): *La falsedad documental: Análisis jurídico-penal*, Barcelona: Cedecs.

VIVES ANTÓN, Tomás S. (1995): *La libertad como pretexto*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Fecha de recepción: 1 de marzo de 2023.

Fecha de aceptación: 6 de mayo de 2023.

TEMAS DE HOY

Las leyes penales, la irracionalidad y el consenso
Gonzalo Quintero Olivares

LAS LEYES PENALES, LA IRRACIONALIDAD Y EL CONSENSO
CRIMINAL LAW, IRRATIONALITY AND CONSENSUS

Gonzalo Quintero Olivares
Catedrático de Derecho Penal y Abogado

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2023.076>

LAS LEYES PENALES, LA IRRACIONALIDAD Y EL CONSENSO

Gonzalo Quintero Olivares,
Catedrático de Derecho Penal y Abogado

Sumario: 1. La supuesta racionalidad del derecho penal. 2. La legislatura que terminó. 3. La racionalidad de las leyes penales. 4. La desoladora situación resultante. 5. La pena “razonable” no existe. 6. La irracionalidad inevitable de las decisiones criminalizadoras. 7. La aceptada irracionalidad de leyes que se aplican y las funciones ajenas al derecho penal. 8. Conclusión: las difíciles soluciones.

1. LA SUPUESTA RACIONALIDAD DEL DERECHO PENAL

Al derecho penal se le considera expresión de una necesidad natural de las sociedades, derivación de la genérica regla “*ubi societas ibi ius*”, concretada en la inevitable realidad de que existen conductas lesivas de los derechos de otras personas o del grupo, que han de ser reprimidas para poder preservar la convivencia. Frente a esa explicación natural y cultural se alzan otras que la aceptan solo en relación con un limitado grupo de delitos, que están en la mente de todos, mientras que la gran mayoría de infracciones penales obedecen a intereses de muy diferente clase y, por lo mismo, su existencia no es fruto de una necesidad racional, sino de una opción de quienes detentan el poder de legislar, que precisa de una explicación adicional que haga comprensible su presencia y que se haya elegido la vía punitiva y no otra.

Todo ello lleva a la conclusión de que el derecho penal, en lo que se refiere a la selección de conductas tipificadas, opera con una alta dosis de irracionalidad, por más que se invoque la tradición o la conveniencia política de crear o mantener un delito. Ahora bien, la irracionalidad queda oculta por la apariencia de “racionalidad” que tiene el sistema jurídico formal, a lo que ha contribuido poderosamente la dogmática, pero eso no ha de tomarse como demostración de una racionalidad profunda. En lo que atañe al modo de tipificar o de regular la aplicación de la ley penal la irracionalidad surge por doquier, por más que las diferentes reglas o criterios se presenten como expresiones de técnica jurídica, cuando pueden ser sustituidas por otras dependiendo de la libre voluntad del legislador.

Así las cosas, y aceptado que no se puede prescindir del derecho penal, lo que se le debe exigir no es tanto que sea racional, sino que sea comprensible por los ciudadanos, que goce de un mínimo consenso que lo respalde, consenso que, claro está, ha de alcanzar al derecho penal en sus diferentes manifestaciones: creación de normas, aplicación jurisdiccional y ejecución.

Claro está que el consenso depende de factores muy diferentes, que comienzan por la percepción de utilidad del sistema, de que no es invasivo, ni aleatorio, ni desigual, ni tampoco un campo de pruebas para que cada partido pueda ir colocando lo que le parezca adecuado. La experiencia de las reformas legales frecuentes y sectarias, como las que se ven en España, y no solo en la última legislatura no contribuye a fomentar esas positivas consecuencias, y es entonces cuando más desnuda queda la irracionalidad.

Como he dicho antes, no se puede prescindir del derecho penal, y tampoco hay que escandalizarse por la acusación de falta de racionalidad, pues el de la racionalidad es un problema permanente en la filosofía del derecho y no voy a entrar en ese ámbito, sin perjuicio de traer a colación muestras patentes de irracionalidad de las leyes penales.

2. LA LEGISLATURA QUE TERMINÓ

Hemos llegado al fin de una legislatura que ha sido pródiga en incursiones en el derecho y en el derecho penal, y que las más de las veces han merecido críticas casi unánimes de los expertos. Advierto que no es nada anormal que una legislatura haya modificado el CP, pues si no fuera así no se podría entender que el Código haya sido reformado 49 veces en 26 años, lo que arroja un dato que, cuando menos, obliga a reflexionar.

No voy a repasar el listado de las reformas aprobadas o intentadas durante esta legislatura, porque lo que percibo como más preocupante es que, en los últimos tiempos es perceptible la pérdida del respeto al derecho penal y ha triunfado la irracionalidad, teniendo por tal las modificaciones que no son “razonables”, sino de inspiración partidistas, sectarias, ideológicas o populistas. Es cierto que el problema no se ha limitado al derecho penal, pues conviene recordar otras normas no penales exponentes del mismo “estilo” legislativo, como puede ser la desafortunada reforma de la capacidad operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio o la increíble Ley Trans de 28 de febrero de 2023, que al parecer está llamada a la derogación.

Es visible que importantes leyes que se han aprobado, se han ido tramitando con una especial urgencia y avidez por cambiar el sistema jurídico, y, luego, acercada debidamente la lupa, se ve claramente que las reformas, especialmente en algunas materias penales y civiles, no ha sido otra cosa que llevar al derecho positivo lo que se incluía en los slogans de lucha o en programas políticos dirigidos a un público muy concreto y limitado. Lo cierto es que esas reformas han pasado de las pancartas al BOE, y por lo común, no ha habido un debate serio sobre su conveniencia y su bondad. Pero eso, a la postre, en la clase política no le interesa a nadie.

Afirmar que ha triunfado la irracionalidad legislativa puede dar lugar a diferentes interpretaciones, pero quiero advertir que no uso esa calificación para decir que se han aprobado leyes defectuosas, penales y no penales, sino algo más: una suerte de ruptura de las reglas que en teoría deben presidir la actividad legislativa, que se ha transformado en una censurable tarea *legiferante*¹. Y eso obliga a una serie de reflexiones acerca del modo en que se construye el derecho, especialmente, el derecho penal, en nuestro tiempo, y no ya solo, que también es importante, las leyes concretas producidas en los últimos años del gobierno PSOE/UP.

Por supuesto que habrá que valorar la promesa del PP, desde la oposición, de que derogará todo lo que han aprobado PSOE-UP, anuncio cuya llevada a la práctica encierra más dificultades que echar mano de la goma de borrar. Llega la hora de los programas electorales y ahí se anuncia la idea, pero solo después, en caso de victoria, veremos cómo se concreta la idea. Ahora bien, tanto el modo y los motivos de engendrar leyes por los que hasta ahora han gobernado como el anuncio de su completa derogación adolecen del mismo pecado de ligereza e instrumentalización del *ius puniendi*

El problema, como he dicho antes, no está circunscrito al derecho penal, pero, por razones comprensibles, me limitaré a esa parte del sistema, cuya respetabilidad está seriamente afectada, sin perjuicio del temor o la preocupación que puedan generar las amenazas y los procesos penales. Desde hace ya muchos años estamos acostumbrados a que los gobernantes recurran al derecho penal cuando lo estiman oportuno de acuerdo con sus intereses y compromisos políticos o sus particulares ideas. Por eso es absurdo decir que las reformas penales guiadas por los acuerdos con Partidos secesionistas o por el deseo de contentar a un colectivo determinado, como pueda ser el LGTBI, pueden corresponder a una “política criminal”² que guía un uso racional del derecho penal.

Reflexión separada merecen otros fenómenos presentes en nuestro tiempo, con el populismo punitivo en cabeza³ o las leyes penales *pro caso* o *pro persona*.

No dudo de que lo que digo puede merecer una pronta crítica, tan sencilla como equivocada, acusándome de dar por supuesto que lo erróneo, en todo caso, es lo que hace un Gobierno de una determinada orientación política, mientras que los discrepantes gozan de una especie de “presunción de racionalidad”, y, además, de ignorar lo que es la pluralidad ideológica. Pero no pretendo nada semejante, y sé que no existe una sola visión de lo justo y de lo conveniente, y que los únicos valores obligados son las garantías democráticas.

El pluralismo es lógico y bueno, pero por el bien de su salud exige la razonabilidad de lo que se legisla, aunque lo haga de acuerdo con sus propias ideas, que son las que sometió a la decisión de los electores y, por eso mismo, legislar conforme a ellas es en parte una obligación derivada del compromiso electoral. Pero eso no puede decirse cuando las leyes que se promueven derivan de otros factores que nada tienen que ver con eso, sino con intereses coyunturales que le llevan —y lo hemos comprobado en esta finiquita legislatura— a promover leyes que no pueden ser calificadas como “razonables”.

Claro está que esa afirmación obliga a preguntarse si alguna ley penal de nuestro tiempo es merecedora de la calificación de “razonable”, y la respuesta está lejos de ser sencilla.

3. LA RACIONALIDAD DE LAS LEYES PENALES

No ignoro que los problemas de la racionalidad y la razonabilidad, concepto diferente⁴, comienzan cuando nos interrogamos acerca de la necesidad de que una determinada conducta sea declarada “intolerable” y necesariamente delictiva y se le anude la imposición de una pena privativa de libertad, restrictiva de derechos o económica. Todo viene ya trastocado originariamente, comenzando por la selección de lo criminalizable y continuando con la decisión sobre las magnitudes punitivas que elige en cada caso el legislador. Esas decisiones no obedecen, en muchas ocasiones, a criterios comprensibles de racionalidad, ya sea en lo que se refiere a la conducta tipificada, ya sea en el castigo que se le asigna.

Las últimas reformas introducidas o que se han querido introducir⁵ en el Código penal refuerzan la idea que muchos legisladores tienen del derecho penal: un buen campo de desarrollo de demagógicas y pretendidas respuestas de firmeza ante cualquier conflicto que en un momento determinado inquiete a la opinión pública, en donde lo importante no es la norma que se crea, sino la soflama que con ella se lanza. Suponer que lo que se decida en esas condiciones en relación tanto con la incriminación misma como sobre la clase y cantidad de pena es fruto de una valoración sobre la *necesidad y la proporcionalidad* es realmente ingenuo. Hablar entonces de “razonable proporcionalidad entre hecho y pena” es gratuito, y si, además, se añade que la proporcionalidad es el concepto que en teoría materializa la idea de que “la pena concreta traduce la medida de la culpabilidad”, la gratuidad es absoluta.

Seguramente la ciudadanía no se plantea esos problemas, salvo con ocasión de debates que trascienden lo jurídico y entran en lo político, como pueda ser, por ejemplo, el tema de las drogas y su legalización o el del aborto. Fuera de esos casos lo habitual es que todos (salvo los que están personalmente concernidos) coincidan, a grandes rasgos, en que tiene que haber leyes que definan delitos y que hay sujetos que cometen esos delitos que han de ser castigados. Que las leyes estén bien o mal, y que la respuesta sea adecuada o injusta, blanda o dura, y que sea un mal endémico o no, o que no respondan todos los que debieran, etc., son ya matices, por supuesto esenciales, pero que parten de un primer punto común: hay leyes penales y transgresores de esas leyes, y no hay más remedio que asumir a unas y a otras como algo necesario. Por desgracia, ni siquiera es perceptible una concordia en torno a la conveniencia de evitar en lo posible el derecho penal.

Los distintos penalistas profesionales estudian y critican las leyes vigentes, y cada una de las profesiones señala las virtudes y defectos que aprecia en ellas, y es obligado reconocer que las discrepancias son, a veces, abismales. La opinión del ciudadano no se conoce, y es sustituida por lo que por algo se viene en denominar “creadores de opinión”: los medios de información y sus diferentes vías para transmitir opiniones. A eso se ha de añadir la utilización política de problemas como, por ejemplo, la seguridad ciudadana o la inmigración.

No se debe tampoco desdeñar que cada sociedad es un producto de aluvión de sus tradiciones y de las influencias políticas y religiosas que ha vivido. No es difícil reconocer en España fuertes arraigos del autoritarismo y, aunque vaya menguando, de la influencia de la Iglesia. Problemas penales graves, como la dureza de las penas —siempre benignas para

muchos— o los límites del derecho público en materias de conciencia como puede ser la eutanasia (cuya revisión está siendo anunciada en estos días) están marcados por factores de esa índole.

Indudablemente es equivocado pretender escribir sobre el problema penal como si éste se viviera igual en España que en cualquier otro lugar del mundo. Lo único que se repite en todos los lugares del planeta es la presencia de crímenes y castigos, sin entrar en lo que en cada sociedad puede ser calificado como “crimen”, pero poco más. Como máximo podemos hablar, y aun con reservas, de similitudes en la visión del problema penal que tienen los países de Europa occidental, y, en relación con todos ellos es posible, a su vez, reconocer la *irracionalidad* como nota presente en sus leyes penales.

Al hablar de irracionalidad o racionalidad no se me oculta que, para muchos, todo lo que concierne al derecho penal está teñido de irracionalidad, desde la selección de lo que ha de ser delito, más allá de un grupo reducido de conductas, hasta la clase y cantidad de pena que se decide ha de tener. ¿Por qué esa conducta y no aquella?, ¿por qué dos años de prisión y no cuatro? ¿por qué prisión en lugar de otra clase de pena? Y podríamos continuar con preguntas de imposible respuesta racional. Pronto aparecerá la primera explicación, desdoblada en dos de una parte, la importancia “objetiva” del bien lesionado, que a la postre acaba siendo la importancia que tiene para el creador de la infracción penal, lo cual abre el paso a la importancia subjetiva o política que en realidad es la que la cuestión tiene para el que impulsa la ley, sin olvidar influencias religiosas o similares.

De otra parte, la interpretación de las necesidades de prevención general o especial, que lleva al legislador a imponer más o menos pena, son objeto de un debate carente de criterio sobre lo que es mucho o es poco castigo, pero eso tampoco ha de extrañar, pues es una constante en el debate sobre las leyes penales. Cuando desde la academia se recuerda a la clase política que nuestras leyes penales son las más duras de Europa en relación con los delitos dolosos que encabezan las estadísticas judiciales, los que escuchan, si eso sucede, hacen oídos de mercader, y, a lo sumo, piensan en los rendimientos electorales que una determinada reforma puede aportar. La particular manera en que se entiende y aplica la prevención general o la prevención especial.

Es fácil convenir que cuesta casar las ideas de subjetivismo y racionalidad, pero no acaba ahí la posible incompatibilidad o contradicción, pues los penalistas siguen analizando el producto legislativo con criterios técnicos y dogmáticos que, a su vez, parten de los llamados principios irrenunciables del derecho penal propio de un Estado de Derecho, como si el objeto de examen fuera razonable⁶ y, por otra parte, los que gobiernan y tienen el poder de promover leyes penales solo aspiran a obtener resultados que sean pronto valorados positivamente por parte de la ciudadanía (nadie pretende agradar a todos).

Detrás de eso se esconde, como es lógico, el interés político, que coloca en primer plano al futuro votante, no al aumento de la aceptabilidad del derecho penal, y ese constatado modo de actuar sigue alimentando el fuego de la irracionalidad. Claro está que puede suceder (en España sucede con frecuencia) que las decisiones de modificar las leyes penales, reduciéndolas o ampliándolas no susciten consenso, sino abierto rechazo, y que, paradójicamente, a las actitudes discrepantes se las liquide con la acusación de que no respetan la

expresión de la “soberanía popular”, cuando lo cierto es que el *ius puniendi* se ha puesto al servicio de un programa sectario aceptado por la necesidad de alcanzar una unidad de acción política.

4. LA DESOLADORA SITUACIÓN RESULTANTE

Así las cosas, las viejas ideas, de Grocio o Pufendorf sobre el Derecho como un orden de razón, o, mucho después, las sostenidas desde Carrara a Welzel, sobre la función del derecho penal como protector y garante de los valores básicos y necesarios, del mínimo ético imprescindible para la convivencia, se han ido transformando en nobles ideales incapaces de acoger en su seno a fenómenos como la incesante creación de nuevas infracciones o agravaciones de las existentes, que en algún caso pueden obedecer a un coyuntural exhibicionismo de musculatura penal, por lo general, demagógico e innecesario, pero en otros, y eso es mucho más grave, expresan la particular ideología de un grupo persuadido de la posesión de la verdad y de que ésta ha de ser impuesta, con o sin concordia.

Bajo esas condiciones, cuesta hablar de la existencia de un suelo básico de consenso social sobre el que se pueda levantar y sostenerse el *ius puniendi*, cuyo ejercicio ya no está guiado por la protección de bienes antiguos o nuevos, sino por lo que en cada momento parece conveniente y acorde con *sus intereses* al gobernante. El problema no sería tan grave si no se tuvieran en cuenta las consecuencias para la ciudadanía en forma de creación de nuevas fuentes de represión penal o, lo que es igualmente grave, de desprotección penal.

No tengo duda alguna de que las críticas a los hechos que observo en la manera de legislar, incriminando o despenalizando serán tildadas de propias y previsibles de penalista “ortodoxo”, renuente a las novedades, que claramente es capaz de ver la irracionalidad de las nuevas leyes a la vez que pretende que se acepte la razonabilidad de todo lo anterior. Mas aún: que cree firmemente en que la función del derecho penal es tutelar a la sociedad frente a los que intentan pisotear los bienes y valores que mayoritariamente son compartidos, y que, precisamente por ese motivo, se resiste a que tengan que entrar en la condición de “comúnmente aceptadas” ideas profesadas por una minoría que exige imponérselas a todos. En suma: que el derecho de penar del Estado se puede utilizar solamente bajo unas condiciones que lesionan los deseos de algunas minorías.

Mas *nada de esa crítica es aceptable*. Es verdad que el asalto al derecho penal aprovechando una coyuntura política no puede ser admitido, pero ningún penalista (y distinguir entre ortodoxos y heterodoxos no sirve para nada) puede aceptar que la capacidad de influir en las decisiones del Poder Ejecutivo sea, por sí sola, una fuente de legitimación para la selección de los objetivos que han de perseguir las leyes penales. Eso recuerda a las leyes *revolucionarias*⁷, que por definición son impuestas en nombre de un consenso que se da por supuesto o cuya realidad en todo caso no importa.

¿Pero se puede decir otra cosa de leyes penales aprobadas anteriormente, por otros Gobiernos o Parlamentos sin apenas consenso o atendiendo a supuestas demandas sociales cuando solo eran exigencias de sectores concretos? A buen seguro que no, pero tampoco es

fácil encontrar tantos ejemplos históricos de leyes “impuestas” argumentando que, aunque la ciudadanía no las entienda, son justas y necesarias (como, por ejemplo, la supresión de la incapacidad con todo lo que eso comporta o la eliminación de las diferencias derivadas de la violencia en las agresiones sexuales, que hubo que reformar apresuradamente).

5. LA PENA “RAZONABLE” NO EXISTE

Yendo a otros espacios del problema penal hay que detenerse en uno de los más recurrentes y “populares”, cuál es el de la clase y cantidad de pena y su fundamento. Ahí la irracionalidad aparece reiteradamente, pero cambiando en cada fase sin que se altere el punto de partida: la decisión sobre la clase y cantidad de castigo que merece una acción no obedece a ningún discurso racional *ni podría hacerlo*. Es una opción en la que intervienen factores de toda clase: ante todo, los comparativos, pero solo en una pequeña medida, que es la que aconseja castigar más severamente un atentado a la integridad física que un ataque al patrimonio, pero esa es solo una indicación inicial, porque, luego, el juego de las normas podrá llevar a que una infracción patrimonial comporte la misma pena que un intento de asesinato. En nuestro derecho los ejemplos podrían multiplicarse, y siempre llegaríamos a la misma conclusión: la clase y cantidad de pena no se explica más que como pura *decisión de legislador*, sin razonamiento alternativo que la haga comprensible.

Esa cruda conclusión goza en España de respaldo expreso por parte del TC, que en declaraciones genéricas ha aludido a la razonabilidad, como requisito que ha de ser examinado para comprobar la proporcionalidad, esto es, que la limitación de un derecho sea razonable, necesaria y que atienda a un objetivo admisible, pero no se ha contemplado la “razonabilidad de una pena”, sino la *motivación* de resoluciones judiciales y administrativas. Pero si se trata de la clase y cantidad de pena que decide “el legislador” (concepto oscuro que esconde la realidad de quién o quiénes hayan sido los decisores del contenido de una ley bajo la etiqueta de su procedencia parlamentaria) el criterio tradicional del TC ha sido claro y constante: quien detenta el poder de legislar *dicta lo que es razonable y proporcional* puesto que “*el legislador democrático no tiene el deber de expresar los motivos que le llevan a adoptar una determinada decisión en ejercicio de su libertad de configuración*”.

Así pues, cuando en la doctrina penal se alude a la “proporcionalidad de la pena”, como si existiera un criterio para decidir o que es proporcional y lo que no lo es, o, lo que es lo mismo, para considerar que una *incriminación* es “razonable” y el *castigo* previsto para ella es, a su vez, proporcional, en realidad se hace una afirmación carente de base constitucional⁸, lo que de hecho equivale a decir que *el legislador puede hacer lo que le dé la gana*⁹.

¿Qué se puede esperar y exigir de una incriminación o de una pena? Esa cuestión central solo puede responder con una remisión a la esencia del parlamentarismo: que sea fruto del *debate profundo y del consenso*, solo eso le puede conferir la condición de norma “razonable”, pero para llegar a ese consenso tendrá que haber un variable grado de cesión o renuncia a los prejuicios retribucionistas, prevencionistas o, por supuesto, y muy especialmente, populistas.

Leyendo el Código penal, su relación de delitos y penas, nadie puede afirmar que las penas que se señalan a cada uno de ellos son expresión de la *retribución*, doctrina abandonada en lo esencial, aunque se conserven a veces algunos de sus efectos, pero que no ha podido oponerse a las doctrinas de la prevención general o especial, y ha sido así precisamente a causa de la *irracionalidad de su idea básica*, a saber: que la pena señalada es la que expresa la exacta medida del mal causado por el delito, y, además, no necesita de explicaciones adicionales porque la pena es un fin en sí misma. Considerar a la pena como algo que no tiene nada que ver con el futuro, ni tampoco como algo que ha de variar en función de las características del sujeto que la sufre es absurdo.

Podemos aceptar que en el siglo XXI no puede merecer la calificación de “respuesta racional” una pena que se explique como manifestación del *ius puniendi*, esto es, como pura expresión del derecho de castigar que no requiere ni explicaciones ni justificaciones. Eso explica que hayan ganado aceptación las doctrinas de la prevención, sea de la prevención frente a un individuo concreto o sea frente a todos, procurando la disuasión por medio de la amenaza. Estas ideas, particularmente la segunda, en tanto que coloca en lugar prioritario los intereses de la comunidad, y, por lo tanto, eso es lo que finalmente habrá de decidir un castigo que, en buena medida, no guarda relación ni con el hecho ni con su autor, lo cual nos devuelve al terreno de la irracionalidad, y hace comprensible la tradicional crítica anti-prevencionista y utilitarista de los retribucionistas, con Kant a la cabeza.

Además, la confianza en la bondad del prevencionismo da lugar a otra perversión: la constante petición de incremento de la dureza de las penas según sea el temor hacia una clase de delitos. Eso, que puede llevar a castigar con graves penas un pequeño hurto, por ejemplo, es un fenómeno habitual cuando menos en la realidad española, pero esa frecuencia no lo hace racional.

No merece mejor calificación la prevención especial en sus diversas versiones, porque, en todo caso, y, exceptuando lo que sería un inamisible sistema que no determinara la pena en modo, ni clase ni cantidad, lo cual sería considerado incompatible con el principio de legalidad, el pretendido ajuste de la respuesta punitiva a la completa personalidad del reo y a la totalidad de sus circunstancias, *nunca se producirá*, pues el delito tendrá necesariamente asociado un marco penal, fijado con abstracción de quien pueda ser el transgresor, y la valoración de esas circunstancias solo tendrá lugar en el estrecho margen que ese marco conceda a los Tribunales. Podremos decir, como lenguaje para iniciados, que la decisión última sobre la pena o medida a adoptar obedece a criterios de prevención especial, pero sabremos que eso es válido solo en una pequeña medida, insuficiente para calificar de racional el sistema en su conjunto.

6. LA IRRACIONALIDAD INEVITABLE DE LAS DECISIONES CRIMINALIZADORAS

La creación o el mantenimiento de una infracción penal es una decisión del Estado, o de quienes detentan el poder en el Estado es fruto de una decisión en cuya génesis inter-

vienen muchos factores. Para comprender el alcance de ese punto de partida podríamos acudir a las recientes experiencias españolas, y no pienso solo en la reforma de los delitos contra la libertad sexual. El espectáculo

ha sido un campo fértil para toda clase de polémicas que no ocultaban el fondo del problema: el enfrentamiento ideológico entre diferentes manera de entender el feminismo y la libertad individual, especialmente, de la manera en que el derecho penal tenía que acomodarse a esas diferentes visiones, y eso no solo afectaba a la configuración de las agresiones sexuales, sino también a problemas diferentes, como el aborto o la transexualidad.

El paso siguiente era el enfrentamiento entre Partidos, para acabar con un debate ideológico teñido de demagogias de signos opuestos, destacando, en todo caso, la inexistencia de auténtico debate parlamentario. Tras una génesis tan “atormentada” es impensable calificar de “racional” el producto normativo final, con independencia de que, en algún caso, su vigencia fue efímera pues al poco tiempo se decidió derogar la norma así gestada.

El problema mayor es que la irracionalidad no es una consecuencia casual, sino que es una *consecuencia necesaria* si se toma en la debida consideración *el modo de funcionar de las diferentes instituciones responsables del problema penal*, comenzando por la principal institución: el Poder Legislativo. Nuestro régimen electoral está dominado por el sistema de listas, lo que garantiza la concentración de poder en los aparatos de los Partidos, que son los que premian o castigan incluyendo o excluyendo a candidatos a diputado sin consideración alguna a su mérito y capacidad, lo cual a la postre no importa, porque, excluyendo a los principales portavoces, muchos de esos diputados no habrán de opinar prácticamente en nada.

Al hilo de esa realidad se abre otra: la tendencia a agrupar en una sola iniciativa legislativa leyes sobre materia diferentes, sin relación entre ellas, bajo la excusa de que así se “ahorra tiempo”, lo cual, además es, a veces, acompañado del recurso a la vía del Decreto-Ley, que anula de hecho cualquier espacio dedicado al debate sobre la norma que se propone. Esa vía está autorizada por el artículo 86 de la Constitución, aunque otros sistemas constitucionales no admiten esa figura, tan cara a nuestros Gobiernos de manera tal que la legislación excepcional ha acabado siendo superior a la legislación ordinaria.

Teóricamente el Congreso puede no limitarse a convalidarlos y optar por tramitarlos como Ley por el procedimiento de urgencia, pero lo habitual es que no lo haga, y el resultado final es que se legisla por Decreto, con algunas excepciones, por supuesto, en especial en materia de leyes penales, pero eso no cambia la realidad de la falta de una vida parlamentaria en España rica en intensidad y profundidad de debates. Muy al contrario, el parlamentario español medio parece adiestrado en el arte de aplaudir lo que su líder u otros pesos del Partido digan (sea lo que sea) desde la tribuna del Congreso y poco más, tribuna que muchos de esos diputados apenas pisarán en toda la legislatura.

Esa es posiblemente otra más de las consecuencias del sistema electoral de listas cerradas, que permite obtener el acta de diputado sin necesidad de demostrar cualidad personal alguna, así como llevar una vida de parlamentario cómoda y exenta de debates y explicaciones al electorado.

El “producto” de todo eso será una Ley, ideada en un camarín cerrado, elaborada por personas muchas veces desconocidas, que han vertido en el texto sus personales ideas sobre la cuestión de que se trate. Pretender que lo que después acabe siendo Ley merezca la calificación de “expresión de la voluntad mayoritaria de la ciudadanía representada en el Congreso de los Diputados es, simplemente, absurdo, y, en todo caso, no es el modo *racional* de legislar.

El problema se agrava porque, además, hay un hecho constatado: si cambia el Partido que gobierna *ha de cambiar el Código penal*, por poco que sea el tiempo transcurrido desde la última reforma, y esa regla no escrita la han seguido tanto el Partido Socialista como el Partido Popular, que por estas fechas ya está anunciando la amplia reforma del Código penal que ha de emprender en cuanto alcance el Poder.

7. LA ACEPTADA IRRACIONALIDAD DE LEYES QUE SE APLICAN Y LAS FUNCIONES AJENAS AL DERECHO PENAL

El hábito de aplicar reglas legales lleva a considerarlas normales y hasta razonables. Pero si se observan con detenimiento muestran sus componentes arbitrarios, a pesar de que el paso del tiempo lima esas características. Ejemplos abundan, así la disciplina del concurso de delitos, cuyas reglas se aceptan porque están promulgadas partiendo de una combinación de los sistemas de acumulación jurídica y acumulación aritmética de las penas, que pueden conducir tanto a penas excesivas como a la impunidad material de muchos delitos que escapan a los topes fijados. Pero si se sostiene que “no hay otra vía posible” hay que oponer que eso no es verdad, pues caben otros sistemas, como el de pena unificada.

Dentro de la misma temática de los concursos tenemos el de normas, que se quiere resolver con las reglas del art. 8 CP, pese a lo cual, en la práctica de los Tribunales, se ignora el principio de consunción y se multiplican las imputaciones de hechos que en el fondo son manifestaciones de una sola conducta antijurídica.

Si pasamos a otros temas de importancia como, por ejemplo, las circunstancias agravantes o atenuantes, veremos que se orilla la cuestión previa, a saber: por qué tiene que haber un catálogo de circunstancias prefigurado en la Ley en lugar de confiar a los Tribunales la determinación razonada de la pena, sin indicar circunstancias, muchas de las cuales carecen de sentido en relación con buena parte de las conductas típicas. La respuesta es conocida: se trata de una “tradición” de los Códigos españoles.

El tradicionalismo es una explicación frecuente, que sirve para que perdure el régimen de las falsedades, por ejemplo, que en buena parte solo sirve para, vía concurso, agravar las penas sin que la conducta incremente de modo significativo su antijuricidad, pro siempre se elude el debate sobre la necesidad de castigar una falsedad instrumental cuando el delito principal tiene ya una consecuencia punitiva.

Tenemos grupos de delitos que son meramente simbólicos, pues apenas tienen efectividad práctica, como sucede con los delitos societarios, algunos de los cuales merecerían

solo repuestas propias del derecho mercantil, u otros, como los delitos tributarios —sin poner en duda la importancia de la lucha contra la evasión fiscal— que son instrumentos a disposición de la Administración tributaria para cuando ésta juzgue oportuno utilizarlos, por supuesto dentro de unos requisitos, especialmente cuantitativos, única diferencia perceptible con la infracción administrativa. Suponer que eso se corresponde con la naturaleza y función del derecho penal es gratuito.

Cambiando de tema, conviene detenerse en otra “irracionalidad” de nuestro tiempo: la pretensión de utilizar al derecho penal para imponer o difundir una ideología, lo cual se aprecia claramente, aunque no sea el único caso, con el movimiento, muy presente en los últimos años, que exige normas e interpretaciones de las leyes penales conforme a la *perspectiva de género*, que se presenta como el principal criterio para analizar y comprender la ley. El género es una posición social consecuencia de la distribución de papeles y funciones diferentes a hombres y mujeres, pero no puede transformarse en el criterio determinante para interpretar las leyes penales mediante una relectura sesgada de los hechos y su significación. Pero quienes defienden esa tesis (desde un sector del feminismo radical) sostienen que existe una “imperiosa necesidad” de que las leyes penales no se interpreten primariamente de acuerdo con el objeto de tutela, que es, como caso más significativo, la libertad sexual (de acuerdo con la llamada función metodológica del bien jurídico), sino según una “perspectiva de género”, lo cual, planteado de esa manera, equivale a defender que el objeto de tutela no es ya la libertad sexual, o no lo es principalmente, sino *otro interés diferente*, cual es la postración histórica de la mujer, al margen de lo que haya sucedido en el caso concreto enjuiciado.

Problemas como el de la pretensión de imponer la perspectiva de género ponen de manifiesto no solo un desprecio al orden de valores marcado por la Constitución, entre los que no se encuentra el género así entendido, aunque el Estado social obliga a los poderes públicos a tomar en consideración las circunstancias de cada persona, sino algo peor: la voluntad de *utilizar el derecho penal para implantar una ideología obligatoria*, como en su tiempo pudieron ser los delitos contra la religión.

Consideración separada merecen los sucesivos intentos de resolver a través del derecho penal problemas sociales poliédricos como es el de la prostitución, cuya abolición es anunciada por políticos de signos diferentes, que se parecen en el simplismo con el que abordan el tema y en la ingenuidad o frivolidad con que presentan las “soluciones penales”. Una constante, visible, es la falta de respeto a la actitud de consentimiento de la persona voluntariamente prostituida, y la banalización o negación de esa realidad (que no afecta a la existencia del grave problema de la explotación coactiva de la prostitución) conduce sin remedio a consecuencias injustas. Pero en tema de prostitución algunos y algunas entienden que el consentimiento es absolutamente irrelevante porque es “inimaginable” que una persona acceda a entregar su cuerpo, y quien lo acepta realizan un acto injusto que debiera ser castigado. La consecuencia es el abandono absoluto de las personas voluntariamente prostituidas.

8. CONCLUSIÓN: LAS DIFÍCILES SOLUCIONES

Todos esos ejemplos sobre reglas del derecho positivo y modos de utilizar el derecho penal son solo eso: muestras de una realidad en la que la irracionalidad circula libremente y con la tácita aceptación de todos. Parece que el derecho penal sea un juego al que se le han dado unas reglas de uso y aplicación. Esas reglas pueden tener un sentido comprensible, y en la medida que lo tengan perderán irracionalidad, pero para poder alcanzar una suficiente grado de consenso en torno al sistema penal se precisan alguna condiciones más.

Como es lógico, el ideal de contar con un derecho penal que no sea irracional, así como que esté lejos de las tentaciones de utilizarlo sectariamente para imponer ideas políticas o morales, tendría que ser un anhelo compartido. Pero posiblemente no es así porque los que trabajan con el derecho penal han asumido como normal lo que no lo es, llevados por una inercia que empuja a no entrar en complicadas disquisiciones que con alta probabilidad no conducen a ningún cambio significativo.

No hay, así las cosas, otros camino que el de la resignación asumiendo la *necesidad del derecho penal* a pesar de sus defectos. Pese a lo cual, en un Estado de Derecho que aspira a progresar es obligado reivindicar algunos cambios necesarios y tenerlos como condiciones imprescindibles para el avance y mejora de un derecho penal que realmente quiera acercarse al ideal del *derecho penal mínimo y garantista* (en el que pocos creen) partiendo, además, de la premisa de que no es posible expulsar completamente la irracionalidad, si por ello entendemos que solo es racional una regla cuando es necesaria y es la única posible. Eso no es obligado, pues basta con que las proposiciones y reglas jurídicas sean comprensibles y no conduzcan a resultados desproporcionados o contradictorios.

En todo caso hay que salir al paso del perceptible abuso del recurso al derecho penal, deseo que comparten los penalistas con la misma unanimidad con la que lo ignora o desprecia la clase política, lo mismo que desprecia al derecho científico, que no solo se considera capacitada para decidir lo que se ha de castigar sino también cómo hay que hacerlo, y en la memoria conservamos suficientes experiencias.

Pero todo proyecto de mejora de las leyes penales pasa por una condición, la más difícil de todas, y que atañe a la génesis y calidad de las leyes penales y que pasa, en primer lugar, por la preparación de proyectos o proposiciones de ley con rigor técnico-jurídico, y, en segundo lugar, por la profundización del debate parlamentario, para que sea riguroso y documentado, y eso, como ya he dicho antes, es vana esperanza mientras no cambie el sistema electoral por listas cerradas y sea reemplazado por otro en el que los legisladores se responsabilicen de su deber y hagan algo diferente de asentir a lo que marque el Partido como intervención necesaria.

No creo que lo veamos, pues ni nuestra clase política está por la labor ni hay Partido que quiera renunciar al sistema de lista cerrada, herramienta insustituible para lograr el pensamiento único.

NOTAS

1. Empleo el adjetivo en su significación específica, según el Diccionario de la RAE, que es la de dictar normas legales de forma precipitada y con poco fundamento. No ignoro que a veces se usa esa denominación para referirse en general a la actividad legislatora.
2. Soy consciente de que el concepto de Política criminal no es unívoco. Entiendo que es la parte de la política que se dedica al problema de la prevención y reacción contra el delito. Pero esa es una definición demasiado sintética. El derecho penal académico se dice que es la actuación del Estado y los poderes públicos por medio del derecho penal y otros instrumentos en pro de la consecución de una convivencia con los menores conflictos posibles, que genere eficaz protección de los bienes jurídicos más importantes, y que no suponga un uso excesivo o innecesario de la represión punitiva.
3. El populismo punitivo es lo contrario al recurso al derecho penal porque es necesario, y se justifica siempre en nombre de la obligación del gobernante de atender las demandas de la mayoría de la población que a su vez es presentada como la que sufre los abusos de los delincuentes, de ahí la repetida invocación de la importancia de priorizar la opinión de las víctimas. La presentación y difusión de escenas de crímenes mediáticos es el conducto por el que se promueven reformas penales “inaplazables”, cuando en realidad todo obedece a intereses electorales, objetivo que sirve siempre para preconizar, cuando algún suceso ocupa la actualidad informativa, la necesidad de aumentar las penas de éste o aquel delito o de crear un nuevo delito de un día para otro.
4. Por irracionalidad legislativa, entendiéndola la discordancia entre la ley y su propósito formal o aparente y lo que en realidad ha de provocar, como sucedió recientemente con la llamada Ley del “sí es sí”. Sobre ello, así como sobre las condiciones de la racionalidad legislativa me remito a quien más y mejor ha tratado el tema, que es Manuel Atienza, vid. “Contribución a una teoría de la legislación”, Madrid, Civitas, 1997, p.27 y ss.
5. Por ejemplo, el anuncio, por parte de una (indignada) ministra, preocupada por los derechos de los okupas, de una ley penal que castigara con cuatro años de prisión la creación o existencia de empresas dedicadas al desalojo de inmuebles ocupados.
6. No quiero confundir las ideas de racionalidad y razonabilidad, a las que ya antes he aludido, y me remito a la descripción y análisis de M. Atienza, “Para una razonable definición de lo razonable”, en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, 1987, p.189 y ss.
7. Así ha calificado expresamente el Sr. Sánchez a las leyes aprobadas durante la pasada legislatura a impulso de su Gobierno.
8. La STC 136/1999 fue la primera y única en declarar la inconstitucionalidad de una norma penal por imponer una pena desproporcionada (en concreto, por no permitir al juez imponer una pena inferior a la mínima fijada, que se consideró en las circunstancias del caso, excesiva).
9. Claro que una pena puede ser calificada como inhumana o degradante, lo que está prohibido por la Constitución (art.15), pero eso no dependerá de su duración sino de que su modo de ejecución y su contenido comporte sufrimientos de una especial intensidad o provoque una humillación o sensación de envilecimiento distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena.

NORMAS DE EDICIÓN DE LA REVISTA

<http://teoriayderecho.tirant.com>

I. CRITERIOS GENERALES PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS A LA REVISTA *TEORÍA & DERECHO*

1. Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales e inéditos.
2. Los originales de los artículos de las dos primeras secciones («Debate» y «Estudios») tendrán una extensión de entre 8.000 y 14.000 palabras como máximo, un interlineado de 1.5 y letra de cuerpo 12. Deberán presentarse en soporte informático, preferentemente en Word (o formato revisable).
3. Los términos de presentación de originales finalizan el 1 de mayo (para el número que se publica en diciembre) y el 1 de noviembre (para el número que se publica en junio del año siguiente).
4. Al comienzo del texto han de indicarse el título del artículo, el nombre y apellidos del autor o autora, su cargo o profesión y la vinculación institucional con la que los autores o autoras desean aparecer identificados en el encabezamiento del artículo.
5. Los autores y autoras harán llegar con el artículo los datos suficientes para que la redacción de la Revista se pueda poner en contacto con ellos (dirección postal, teléfono y dirección electrónica).
6. Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen de 10 líneas o 1.000 caracteres en castellano y en inglés. También hay que incluir una lista de cinco o seis palabras clave o descriptores de la materia en castellano y en inglés. El título del artículo debe escribirse en español y en inglés.
7. Los artículos deben ir precedidos de un sumario de los diferentes apartados en que se estructuran. Los títulos y subtítulos de los textos seguirán el denominado «Sistema de numeración decimal de capítulos» y se escribirán solo con cifras arábigas. Las secciones se numerarán correlativamente a partir de 1; cada sección o epígrafe puede subdividirse en n partes (subtítulos o subepígrafes) desde 1 hasta n ; cada subepígrafe, a su vez, puede dividirse en otras subsecciones o partes menores desde 1 hasta n , y así sucesivamente: (1., 1.1., 1.2., 1.2.1...) (4., 4.1, 4.1.1, 4.1.2...).
8. En el caso de los artículos publicados en la sección «Temas de Hoy», se podrán obviar algunos requisitos formales de la revista (resumen, informes externos, extensión, originalidad), pero nada impide que el original enviado los cumpla plenamente, en cuyo caso la Revista lo hará constar.
9. En las traducciones y textos de la sección titulada «Varia» no se exige el cumplimiento de los requisitos anteriores.

II. ADMISIÓN DE ORIGINALES Y SISTEMA DE EVALUACIÓN

Los originales publicados en las secciones «Debates» y «Estudios» serán sometidos al criterio de expertos. El sistema de arbitraje recurre a evaluadores externos y la Revista garantiza su anonimato. Cualquiera de los evaluadores puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado. Los autores recibirán el resultado de la evaluación y, en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las modificaciones propuestas por los evaluadores.

Los evaluadores tendrán en cuenta, especialmente: *i)* la idoneidad temática; *ii)* la calidad y el rigor de los argumentos que se presentan; *iii)* la adecuación de la estructura expositiva del texto; *iv)* la oportunidad y relevancia del artículo para la discusión de problemas en su área de investigación; y *v)* la validez de los datos y las fuentes bibliográficas.

Tras la evaluación realizada por los expertos, la publicación definitiva de los trabajos será sometida de nuevo a la consideración del Consejo Editorial de *Teoría & Derecho*, que se reserva la facultad de revisar y corregir los textos si estos presentan errores ortotipográficos, gramaticales o de estilo.

III. CORRESPONDENCIA CON LA REVISTA

Los originales deben ser enviados por correo electrónico a la dirección: teoria.derecho@uv.es. Los autores deben mandar dos archivos diferenciados en formato Word o compatible. El primero de ellos será el texto original que deberá estar completamente cegado y no contener ninguna referencia que permita al revisor/a conocer su autoría. En este mismo deberá aparecer el título, resumen y palabras clave en español e inglés. Asimismo, deberá suprimirse cualquier propiedad del archivo que haga referencia al autor o autora. El segundo documento debe contener título del texto, nombre y apellidos del autor, institución de origen, puesto que se ocupa en la actualidad, dirección de correo electrónico, así como los agradecimientos y referencias a proyectos de investigación en los que se enmarque la investigación del artículo.

Adjunto a los anteriores debe remitirse cumplimentado el formulario relativo a la gestión y protección de los datos personales por parte de la editorial de acuerdo con la normativa vigente. Dicho formulario puede encontrarse en la web de la revista: teoriayderecho.tirant.com.

También pueden remitirse por correo postal (copia impresa y en soporte digital) a la siguiente dirección: Revista *Teoría & Derecho*. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entresuelo, Valencia 46010.

IV. SISTEMA DE CITAS

1. Habida cuenta de la naturaleza de la revista, orientada fundamentalmente a la reflexión y al pensamiento teórico, el Consejo Editorial considera que la forma óptima de presentar las referencias es a través de una nota bibliográfica general situada al final del texto que refleje el estado de la cuestión, los textos más relevantes y la fundamentación de las tesis del autor.

2. Podrá utilizarse también el sistema fecha / autor (o «sistema Harvard») de citas, esto es, referencia en el texto y elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas se insertarán en el texto con un paréntesis que contenga: autor (coma), año de aparición de la obra y número(s) de página(s) precedido(s) de dos puntos. Ejemplo: (Vives, 2011:129).

Si se trata de una segunda (o posterior) edición de la obra, tal circunstancia se indicará con una voladita situada antes del año de publicación. Ejemplo: (Vives, ²2011: 129).

– Al final del artículo se incluirá un elenco con las referencias completas de todas las obras mencionadas, según los criterios que se indican seguidamente.

En el caso de que se citen varias obras del mismo autor, se ordenarán cronológicamente. En la segunda y siguientes menciones, se sustituirán los apellidos y el nombre del autor por una doble raya (—) seguida de un espacio fijo y sin ninguna puntuación antes del paréntesis en el que se indica el año de publicación.

Si se citan varias obras del mismo autor y año, tanto en las referencias del texto principal como en el elenco bibliográfico se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula, que se escribirá en cursiva (2011*a*).

Si la obra referenciada es de dos o más autores, únicamente se invertirá el orden del nombre y los apellidos del primer autor de la obra, pero no el de los autores sucesivos. Ejemplo: Pérez López, José, Marisa Fernández García y Javier Rodríguez Jiménez (2015): «Los delitos económicos», *Revista de Penología*, 23 (2), 45-64.

La fórmula anterior es preferible a la de consignar únicamente el nombre del primer autor seguido de las expresiones *et al.* (en cursiva) o «y otros», que también son admisibles.

Tanto en el texto principal como en la bibliografía se utilizarán las comillas angulares o latinas (« »), no las inglesas (“ ”). Si dentro de una oración o segmento de texto ya entrecomillado hay una expresión o un enunciado también entrecomillado, se utilizarán las comillas inglesas: (« “ ” »)

– En todo caso, las referencias completas del elenco bibliográfico deberán ser presentadas de la siguiente forma:

- Libros: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero), año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del libro (en cursiva y con mayúscula sólo en la inicial de la primera palabra: la mayúscula en todas las palabras del título es una práctica anglosajona), lugar de edición (dos puntos), nombre del editor, (y, eventualmente, colección).

Ejemplo: Vives Antón, Tomás S. (2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

- Capítulos de libro: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra (entre comillas angulares), responsables subordinados (compiladores, editores, etc., precedidos de «en»; el nombre de pila de los responsables subordinados puede consignarse con la inicial antes del apellido), título del libro (ver arriba), lugar de edición (dos puntos), nombre del editor, (y, eventualmente, colección) y páginas (sin las grafías «pp.»).

Ejemplo: Pérez Pérez, María y Laura Martínez Martínez (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en P. Rodríguez Pérez y M. Ramos Ramos (comps.), *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid: Teorema, 34-51.

- Artículos de revista científica: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del artículo (entre comillas angulares y con mayúscula solo en la primera palabra), nombre de la revista (en cursiva y mayúsculas), (eventualmente, volumen y número de la revista) y páginas (sin las grafías «pp.»).

Ejemplo: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28 (1), 1-14.

- Recursos electrónicos: la inclusión de la referencia de los textos en formato electrónico en el elenco bibliográfico solo será obligatoria cuando el documento *únicamente* sea accesible en la red y no esté publicado en una revista o libro (incluidos los electrónicos). En este caso, la cita deberá presentarse del siguiente modo: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra, indicación de soporte entre corchetes («[en línea]»), dirección completa y disponibilidad, que empezará siempre con el protocolo de transferencia de hipertexto (http) e irá entre antitildas y con punto después de la antitilda de cierre (< >.), y fecha de consulta (entre corchetes y con punto final antes del corchete de cierre).

Ejemplo: Romero Carrascal, Susana (2008): «Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico» [en línea], <<http://www.arxivars.com/index.php/documents/formacio-1/jornades-d-estudi-i-debat-1/228-jed-080528-romero-1/file>>. [Consulta: 12/06/2014.]

V. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Los autores y autoras ceden en exclusiva a la Revista los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos. Asimismo, permiten al Consejo de la revista distribuir sus contenidos en todas aquellas bases de datos científicas en la que se encuentre indexada la Revista, siempre con el objetivo de asegurar una amplia distribución de los contenidos cedidos por los autores.

VI. ÍNDICES DE CALIDAD Y BASES DE DATOS

Cumple todos los criterios de calidad de revistas establecidos por el Comité 9 CNEAI (sexenios) Journal Scholar Metrics. Revistas Españolas de Derecho

http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=rank&subject=law&start=100&order=h5_index&sort=DESC&related=T&country=es

ERIH PLUS (European Index for de Humanities and the Social Sciences) La revista Teoría y derecho ha sido incluida en este índice en febrero de 2017.

<https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/periodical/info?id=488762>

Google Scholar Metrics (2011-2015), Índice H de las revistas científicas españolas. La revista es la 81 de 148 posiciones.

CARHUS PLUS : valorada como A

RESH (Revistas españolas de ciencias sociales y humanidades).

Incluida en revistas jurídicas interdisciplinarias. La mejor valorada por los expertos

<http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores>

DICE (Difusión y calidad editorial de las revistas españolas de humanidades y ciencias sociales y jurídicas) <http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443>

LATINDEX: cumple 33 criterios, sobre 33.

ISOC: Sumarios Derecho

CIRC: Calificada como B

I. GENERAL CRITERIA FOR SUBMISSIONS TO THE JOURNAL *TEORÍA & DERECHO*

1. All manuscripts submitted for consideration should be original and unpublished.
2. «Debate» and «Estudios» original texts should average between 8.000 and 14.000 words in length, spaced in 1.5, and 12p for the body type. They must be submitted electronically, preferably in Word (or other similar revisable format).
3. Submissions are required to be sent before May 1st. (for December's issue) and before November 1st. (for next year's June's issue).
4. At the beginning of the article, authors must indicate the title of the paper, full name of the author(s), position of the author(s), and the institution they come from.
5. Authors must send their contact information (specifically: address, telephone number and e-mail) within their submission form in order to allow the Journal to maintain regular contact with them.
6. Submissions must include an abstract of 10 lines or 1000 characters and a list of 5-6 key words in Spanish and English languages in any case. Titles must be written in Spanish and English.
7. Submissions should include a Summary, where titles of the different sections of the text are written. Submission structure must follow the so-called «Decimal Numbering System for Chapters and Subheading», and they should be written only with Arabic figures. Sections will be numbered consecutively starting on number 1. Each one can be divided in n sections, from 1 to n ; each subsection can also be divided from 1 to n , and so on: (1., 1.1., 1.2., 1.2.1...) (4., 4.1., 4.1.1., 4.1.2...).
8. Submissions to the section «Temas de Hoy» may omit, fully or partially, the formal requirements mentioned (abstracts, peer review, length and the requirement to be an unpublished work), although the manuscript submitted may accomplished some or all of them. In this case, the Journal *Teoría & Derecho* would mention it.
9. In the case of texts and translations submitted to the «Varia» section, there is no need to comply with the formal requirements mentioned above.

II. PEER REVIEW PROCESS AND REVIEW OF SUBMISSIONS

In order to select the texts to be published, all submissions will be reviewed through a peer review process. The assessment will be carried out by two reviewers. These reviewers, preferably external experts, will be anonymous and they will present their reconsiderations on admitted texts. In order to be published, submissions should obtain a positive assessment of both reviewers. In case of contradiction, the final decision will be taken by the Editorial Board. Authors will receive the reviewers' reconsiderations and they will be given an appropriate period of time to modify their texts according to the comments of the experts.

Reviewers will take into consideration the following: *i)* the thematic suitability; *ii)* the scientific quality and the competence of the arguments presented; *iii)* the appropriateness of the text's structure; *iv)* the opportunity and relevance of the submission in a given research area; and *v)* the acceptance of the data and bibliographical resources used.

Once the revision process undertaken by the experts has finished, the final text to be published will be approved by the Editorial Board of the Journal, which will be competent as well to make orthotypographics, gramatical and writting-style corrections, if necessary.

III. CORRESPONDENCE WITH THE JOURNAL

Manuscripts should be sent to this e-mail address: teoria.derecho@uv.es

Authors must send two different files in Word (or compatible format). First the manuscript which must be completely blind. This is, no reference may let the reviewer know the authorship. In this one, the title, the abstract and the keywords must be include in English and Spanish. Moreover, all the properties of the file referring the author/s must be also erased. The second file should contain: the title, name and surname/s of the author/s, institution, current position, email address, and the acknowledgments and references to the research projects or so on within which the research has been developed.

Attached to the former ones, the form related to the personal data protection and its treatment should be submitted to the editorial, according to the current regulations. This form can be downloaded at the website of the journal: teoriayderecho.tirant.com

Manuscripts can be also sent through postal mail to Revista *Teoría & Derecho*. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entresuelo, 46010 Valencia.

IV. QUOTES CITATION FORMAT

Only two citation systems can be used:

1. Taking into account the nature of the Journal, which is orientated to theoretical thought, it should be preferred to include the bibliographical references at the end of the article, through a bibliographic note which reflects the state of the question, the most relevant articles and the fundamentals of the author's thesis or reasoning.

2. The date / author citation system (or Harvard system) could also be used. In this case, a list of bibliography must be placed at the end of the document.

Doing this, citations should go in brackets, including author's surname, date of publication and the page / s. For instance, (Vives 2011:129).

If it is a second or later edition, this matter will be indicated with a superscript, written just before the year of publication. For instance, (Vives, ²2011: 129).

– At the end of the article, a complete list of bibliography should be included according to the following criteria:

If several papers of the same author are cited, they should follow a chronological order. In second and subsequent mentions, authors' surnames and names will be substituted by a double line (—), followed by a space, and no punctuation before the brackets, with the year of publication.

If the articles or books are published by the same author in the same year, they will be ordered alphabetically with a lowercase letter written in italics (2001*a*).

If the paper referenced to is written by two or more authors, the order will be changed only in relation to the first author's name and surnames. For instance, Pérez López, José, Marisa Fernández García y Javier Rodríguez Jiménez (2015): «Los delitos económicos», *Revista de Penología*, 23 (2), 45-64.

The previous system will be preferable to the one in which the first author's name is followed by the expression *et al.* (italics) or «and others», although the latter is also allowed.

In the main text and in the bibliography, Latin / Spanish quotation marks (« ») will be used, not English quotation marks (“ ”). English quotation marks can be used whenever an expression and / or part of a sentence is already quoted, within the major sentence (« “ ” »).

– In any case, bibliographical references must be quoted in the following way:

Books: Author's or Authors' Surname / s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the book (italics and capital letter only the initial of the first word, not all the words), place of edition (colon), editor's name, and, eventually, collection.

For instance: Vives Antón, Tomás S. (2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Book chapter: Author's or Authors' Surname / s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the chapter (double quotation marks), person in charge of the edition (editor, coordinator, compiler..., preceded by «in»; name of person in charge may be written with the initial before the surnames), title of the book (italics and capital letter only the first letter of the first word, not with all the words), place of edition (colon), editor's name, eventually, collection, and pages (without any graphical symbol).

For instance: Pérez Pérez, María y Laura Martínez Martínez (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en P. Rodríguez Pérez y M. Ramos Ramos (comps.), *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid: Teorema, 34-51.

Article of Scientific Journals: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the article (double quotation marks), title of the journal (italics and capital letters), eventually volumen and issue of the journal, and pages (without any graphical symbol).

For instance: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28 (1), 1-14.

Electronic Resources: References to an electronic resources in the list of bibliography is not compulsory when the resource is only available online and it is not published in a journal or book (even electronic ones). If so, the reference should be as follows: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the resource (double quotation marks), format between square brackets («[on line]»), link and availability, beginning always with the Hypertext Transfer Protocol (http) and it will be between broken brackets, followed by a stop after the end (< >.), and date of reference (with square brackets and full stop before the end square bracket).

For instance, Romero Carrascal, Susana (2008): «Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico» [en línea], <<http://www.arxivars.com/index.php/documents/formacio-1/jornades-d-estudi-i-debat-1/228-jed-080528-romero-1/file>>. [Date of reference: 12/06/2014.]

V. COPYRIGHT NOTICE

The authors of submitted texts agree to assign their copyright and reproduction rights to the Journal. Therefore, the Journal will have exclusive rights to authorize the reproduction public display and / or distribution of the work. The authors authorize the Journal to make the work available and to share its content in scientific databases, in which the Journal is indexed, in order to make sure a greater citation of those contents granted by the authors.

VI. SCIENTIFIC RANKINGS AND DATABASES

The Journal meets the quality criteria established by the “Comité 9 CNEAI” (six-year terms) Journal Scholar Metrics / Spanish Scientific Legal Journals
http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=rank&subject=law&start=100&order=h5_index&sort=DESC&related=T&country=es

ERIH PLUS (European Reference Index for the Humanities and Social Sciences). The Journal *Teoría & Derecho* has been indexed in February 2017.

<https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/periodical/info?id=488762>

Google Scholar Metrics (2011-2015), H Index of Spanish Scientific Journals. The Journal is ranked 81 out of 148.

CARHUS PLUS : Position A

RESH (Spanish Journals of Social Sciences and Humanities). The journal is the highest ranked within the interdisciplinary scientific journals.

<http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores>

DICE (Dissemination and editorial quality of the Spanish Scientific Journal of Humanities and Social and Legal Sciences)

<http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443>

LATINDEX: it meets 33 criteria out of 33.

ISOC: Abstracts in Law

CIRC: Position B

NORMAS
ÉTICAS Y
DECLARACIÓN
DE BUENAS
PRÁCTICAS

<http://teoriayderecho.tirant.com>

NORMAS ÉTICAS Y DECLARACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS

Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico es una revista académica que publica trabajos científicos y asume un firme compromiso con el cumplimiento de los estándares éticos y buenas prácticas. Tirant lo Blanch, editor de la revista, y su Comité editorial son responsables de determinar y mantener las siguientes normas en el proceso de selección y aceptación de contribuciones remitidas, así como de asumir las responsabilidades que deriven del proceso de publicación. Asimismo, se comprometen a velar por la ética y la calidad científica y académica de la revista, y a que todas las partes involucradas acepten y respeten los principios que siguen.

OBLIGACIONES DE LOS AUTORES

Los autores de los artículos deberán respetar las siguientes obligaciones, así como cumplir las instrucciones para los autores que pueden encontrarse en la página web de la Revista y que se incluyen en cada número.

Los autores se comprometen a presentar manuscritos que no estén sujetos a consideración o que hayan sido enviados previamente a otras publicaciones, y a someterlos a un proceso anónimo de revisión. La investigación debe haber sido desarrollada de acuerdo con estándares éticos e incluirse en la publicación, de modo que se aporte la suficiente información para permitir la réplica académica. Todos los autores deben mencionar las fuentes de financiación que les ha permitido llevar a cabo la investigación y alcanzar los resultados pertinentes, así como la posible influencia de estos en los mismos.

Los artículos remitidos deben ser trabajos completamente originales y, en el caso de que los autores hayan utilizado el trabajo y/o fragmentos de otros, estos deben ser citados de forma adecuada, según las indicaciones anteriormente referidas. Cualquier forma de plagio constituye una práctica contraria a estas buenas prácticas y no se aceptará bajo ninguna circunstancia. Los autores no deben plagiar, práctica por la que se entenderá una copia literal o casi literal, una paráfrasis del texto o de los resultados de la investigación de otros autores.

No es adecuado que un autor remita más de un trabajo en los que se describa una misma investigación, a menos que se trate de una remisión de un artículo rechazado para su publicación en otra revista.

En caso de conocer un error fundamental o una imprecisión relevante en los trabajos ya publicados, los autores deben comunicarlos a la revista.

OBLIGACIONES ÉTICAS DE LOS EDITORES

Los editores son responsables del cumplimiento de las obligaciones anteriormente enunciadas, deben velar por asegurar la calidad científica y académica de *Teoría & Derecho*, y son los principales responsables de la legalidad en materia de propiedad intelectual, derechos de autor, infracción y plagio.

El editor debe respetar la independencia intelectual de los autores y considerar todos los originales remitidos para su publicación, valorando cada una de las contribuciones de forma objetiva. También es el responsable de garantizar a autores y revisores que los manuscritos serán sometidos a un proceso de revisión anónimo. La decisión última y la responsabilidad sobre la aceptación o rechazo de un original recaerá en el Comité editorial.

Es obligación de los editores buscar revisores, que serán escogidos por razón de su prestigio, conocimientos y buen juicio, y valorarán la calidad científica de los trabajos remitidos a la revista. No obstante, los trabajos pueden ser rechazados para su publicación sin revisión externa si, a juicio de los editores, el trabajo es inapropiado para ser publicado en la revista. Esta decisión deberá basarse en la inadecuación del trabajo al contenido y la línea de la revista, la ausencia de actualidad o de suficiente interés, la

incorrección formal, o cualquiera otra razón relacionada con el ámbito de la revista. Los artículos, por tanto, se valorarán únicamente con base en su contenido, con independencia de intereses comerciales y sin discriminación de tipo étnico, racial, ideológico, religioso, de género o cualquier otra hacia el autor.

Los editores deben comunicar el resultado de los informes de valoración a los autores sin revelar ningún tipo de información acerca de la identidad de los revisores, pero informarán de los criterios utilizados por estos a la hora de evaluar el trabajo de cara a su publicación.

Los miembros del Comité editorial y cualquier otro editor no deben desvelar ningún tipo de información sobre un original sometido a consideración a nadie más que aquellos a quienes se solicite asesoramiento académico o científico. La confidencialidad debe ser protegida en todo caso durante el proceso de revisión (de los revisores para el autor, y viceversa). Los editores se abstendrán de participar de la evaluación y cualquier otro proceso editorial que incluya manuscritos en caso de tener algún conflicto de interés a causa de una posible relación competitiva, de colaboración o de otro tipo con cualquiera de los autores del manuscrito presentado.

La información no publicada, los argumentos o las interpretaciones contenidas en un original remitido a la revista no podrán ser utilizados en investigaciones desarrollada por los editores.

OBLIGACIONES DE LOS REVISORES

Los revisores tienen el deber de enjuiciar y valorar de forma objetiva la calidad de los originales, así como su originalidad, haciendo especial hincapié en el mantenimiento de la calidad científica y los estándares científicos. Los revisores ayudan a los editores en la toma de decisiones y pueden asistir a los autores a la mejora de los trabajos.

El revisor advertirá al editor de cualquier similitud sustantiva entre el manuscrito bajo revisión y cualquier artículo o manuscrito similar enviado o publicado en cualquier otra revista o editorial.

Los revisores deben actuar de forma adecuada, remitiendo su informe de valoración en el plazo establecido, aun de modo aproximado. Cuando un revisor propuesto considere no que no es la persona idónea o apta para valorar de la investigación presentada o que sepa que no será posible cumplir los plazos para la revisión, deberá notificar al editor y excusarse tan pronto como sea posible.

Los revisores deben considerar un original sometido a revisión como un documento confidencial. Nunca deberá ser mostrado o discutido con terceros, salvo en casos excepcionales en los que podrá consultarse a personas que puedan asesorar científica o académicamente; en estos supuestos, las identidades de las personas consultadas deben ser reveladas al editor.

CORRECCIONES Y RETRACTACIÓN

En caso de reconocer algún dato o información publicado en la revista *Teoría & Derecho* como falso, erróneo, engañoso o fraudulento, los editores deberán informar a los autores de estas circunstancias y esperar una respuesta de los mismos antes de tomar una decisión editorial. En caso de no quedar satisfechos con la respuesta o si no hay ninguna, los editores podrán decidir retractarse de lo publicado previo acuerdo del Consejo editorial.

La revista *Teoría & Derecho* atenderá cualquier reclamación y queja sobre los contenidos publicados a través de la dirección teoria.derecho@uv.es. Los editores se comprometen a hacer un seguimiento y proceder a la revisión y, en su caso, retractación si estos son necesarios.

Cuando proceda una retractación o una corrección de lo publicado en la revista, los editores se guiarán por los principios contenidos en las Guidelines for Retracting Articles del Committee on Publication Ethics (COPE).

ETHICAL GUIDELINES FOR JOURNAL PUBLICATION

Teoría & Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico is an academic journal publishing scientific articles with a firm commitment with the meeting of these ethical standards and good practices. Tirant lo Blanch, as editor of the journal, and its Editorial Board have the responsibility to establish and maintain the guidelines to select and accept papers submitted to this journal, assuming those responsibilities arising from the publishing process. Also, they fully commit to ensure that all parties involved meet the ethics, scientific and scholar standards.

ETHICAL OBLIGATIONS OF AUTHORS

The authors are expected to adhere to the following ethical guidelines and to respect the instructions for authors, posted to the website of the Journal and included within each issue.

The authors commit to submit originals which are not submitted to another journals, and to submit them to a double blind review process. The research conducted should be developed according to ethical standards, including sufficient information in the article to allow an academic response. The authors should refer the funding resources to develop the research and achieve the results, as well as the possible influence of these resources in the results.

The authors should ensure that they have written entirely original works, and if the authors have used the work and/or words of other, that this has been appropriately cited. Plagiarism in all its forms constitutes unethical and publishing behavior and is not acceptable. Authors should not engage in plagiarism —verbatim or near— verbatim copying, or very close paraphrasing, of text or results from another's work.

It is improper for an author to submit manuscripts describing essentially the same research to more than one journal of primary publication, unless it is a resubmission of a manuscript rejected for or withdrawn from publication.

When a fundamental error or a relevant inaccuracy within already published articles is known, the authors should advertise it to the editors.

ETHICAL OBLIGATIONS OF EDITORS

The Editor should be responsible for the accomplishment of these and above obligations, and shall ensure the scientific and academic quality of the journal *Teoría & Derecho*, including the respect of legal issues concerning submissions to this Journal, specially intellectual property rights.

The editor should respect the intellectual independence of authors and should consider manuscripts submitted for publication, judging each on its own merits. They are also in charge to ensure that authors and reviewers get involve in a double blind review process. The final decision and the responsibility for acceptance or rejection of a manuscript rests with the Editorial Board.

The editor is required to seek advice from reviewers, who will be chosen for their expertise and good judgment, as to the quality and reliability of manuscripts submitted for publication. However, manuscripts may be rejected without external review if considered by the editors to be inappropriate for the journal. Such rejections may be based on the failure of the manuscript to fit the scope of the journal, to be of current or sufficiently broad interest, to provide adequate depth of content, to be written properly, or other reasons related to the journal. Therefore, contributions may be reviewed solely according to their contents, regardless their commercial interest and without discrimination on the basis of racial, ideological, religious, gender, or any other feature of the author.

The editor should inform about the result of the assessment reports to the authors without disclosing any detail about the reviewers' identity, but the editor should provide the most detailed information about the criteria used by the reviewers to assess the submission.

Members of the Editorial Board and members of the editor's staff should not disclose any information about a manuscript under consideration to anyone other than those from whom professional advice is sought. Confidentiality shall be protected in any case during the peer-review process. The editor should refrain from participating in the review process in case of any conflict of interest due to a competitive or collaboration relation with the author/s of the submission.

Unpublished information, arguments, or interpretations disclosed in a submitted manuscript should not be used in an editor's own research.

ETHICAL OBLIGATIONS OF MANUSCRIPT REVIEWERS

Reviewers have an obligation to do a fair share of reviewing. A reviewer of a manuscript should judge objectively the quality of the manuscript and its originality, with due regard to the maintenance of high scientific and theoretical standards. A reviewer should call to the editor's attention any substantial similarity between the manuscript under consideration and any published paper or any manuscript submitted concurrently to another journal.

The reviewer should inform the editor about any substantive similarity of the submission under review with any other submission or published article in any other journal or publication.

Reviewers should act promptly, submitting a report in a timely manner. A chosen reviewer who feels inadequately qualified to judge the research reported in a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the editor and excuse himself from the review process as soon as possible.

A reviewer should treat a manuscript sent for review as a confidential document. It should neither be shown to nor discussed with others except, in special cases, to persons from whom specific advice may be sought; in that event, the identities of those consulted should be disclosed to the editor.

CORRECTIONS AND RETRACTION

In case of misconduct, inaccuracy or any fraudulent, false or misleading information published in the journal *Teoría & Derecho*, the editor should consult the author/s giving them the opportunity to respond to any allegations before taking an editorial decision. In case of insufficient or lack of response, the editor may decide to adopt a formal retraction or withdrawal of a publication from the journal, in conjunction with informing the head of the author or reviewer's department, Abstracting & Indexing services and the readership of the publication, with the agreement of the Editorial Board.

The journal *Teoría & Derecho* will take account of any claim and complaint about the published contents through the email teoria.derecho@uv.es. The editor is fully committed to follow them up and proceed to the review and, when applicable, to the retraction.

When a retraction or corrections proceed, the editor will follow the Guidelines for Retracting Articles del Committee on Publication Ethics (COPE).

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*



www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

 96 369 41 51

 www.tirantonline.com