

¿PROGRESIÓN O REGRESIÓN CONSTITUCIONAL DE LA JUSTICIA PENAL ESPAÑOLA? IRRUPCIÓN DEL POPULISMO JUDICIAL Y DEL DERECHO PENAL DE AUTOR

LUÍS RODRÍGUEZ RAMOS

Catedrático emérito de Derecho penal

Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO

I. Introducción. II. Errática constitucionalización de la Administración de Justicia. III. Vicios sobrevenidos. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Ha pasado un siglo y casi cinco décadas desde que se produjo la que algunos llamamos la «primera revolución de la Justicia»¹, resultante de «La Gloriosa» revolución de 1868, cuyo fruto principal fue una profunda remodelación de la Administración de Justicia, mediante la Ley provisional del Poder Judicial de 1870, vigente con diversas modificaciones hasta la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985 de 5 de julio —LOPJ— que aplicó de modo muy imperfecto las previsiones al respecto de la Constitución de 1978 —CE—. Por otra parte, la vigente Ley de enjuiciamiento criminal de 1882, seguidora de la Provisional de 1972, sigue vigente tras numerosas reformas, sin haber perdido el

1 Así lo declara con acierto A. NIETO (*El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Trotta, Madrid 2010, pp. 164 y ss.), resumiendo su tesis (p. 164) en el siguiente párrafo, al que se adiciona el subrayado: «El sistema judicial español responde a un modelo original del liberalismo democrático consolidado por la revolución de 1868, que Primo de Rivera intentó sin éxito rectificar y que se mantuvo durante la segunda República y el franquismo; pero que la Constitución de 1978 sustituyó, sin confesarlo, por otro pretendidamente más moderno y más democrático, *que día a día se está desnaturalizando progresivamente*. El resultado de esta confusión, de esta rectificación vertiginosa, nunca justificada y ni siquiera explicitada, *ha sido un modelo, el actual, literalmente desquiciado y traducido en un gobierno judicial exacerbado*». Del mismo autor puede también verse la obra anterior *El desgobierno judicial*, Trotta/Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid 2005, pp. 26-27.

carácter inquisitivo de la fase de instrucción² ni superado otros muchos arcaísmos, a pesar de existir dos propuestas de una nueva Ley de enjuiciamiento penal que, por estar ambas inspiradas en los mismos y modernos principios³, son perfectamente consolidables.

Este artículo pretende hacer un reportaje, desde la ciencia y la experiencia⁴, primero de las adaptaciones a la CE pendientes en la normativa y praxis del orden jurisdiccional penal y después, de los «vicios sobrevenidos» que han alejado dicha praxis del espíritu y de la letra de la Carta magna, centrando la atención en el fenómeno en el llamado «populismo judicial», encubierto mediante motivaciones incorrectas que antes se llamaban «sofismas» y ahora «sesgos cognitivos», defraudando la exigencia constitucional de tener como única referencia la ley (art. 117.1 CE) y no lo que digan los medios de comunicación, que generalmente supone violentar los principios constitucionales de legalidad penal y procesal (arts. 24 y 25 CE).

Se trata pues de hacer una «foto», tanto de los progresos pendientes para modernizar —constitucionalizar— la Administración de la Justicia penal española, como de denunciar los regresos acaecidos en el último tramo de las cuatro décadas de vida de la CE, cuya superación requeriría incluso su propia reforma. La foto no puede captar todas las cuestiones mejorables ni afinar hasta el límite su tratamiento, pues tal propósito exigiría una amplia monografía si no una enciclopedia, pero las referencias bibliográficas permitirán al lector ampliar la información sobre aquellos aspectos en los que desee profundizar.

El contenido de este trabajo está anunciado en el precedente sumario y en los demás epígrafes y subepígrafes del texto, así como en la conclusiones, ofreciendo en cada cuestión soluciones de *lege data vel ferenda*, propuestas obviamente más opinables que la existencia en sí y planteamiento de los problemas que pretenden resolver. Los referentes concretos de la CE para emitir los subsiguientes juicios son los principios y mandatos contenidos en sus siguientes preceptos: 1.1, 9.3, 10, 14, 15, 17, 18, 20, 24, 25, 53, 117, 120, 121, 126 y 127.1, sin perjuicio de hacer *obiter dicta* referencia a algunos otros.

2 Luego se vuelve sobre este tema, pero se resume recordando que rigiendo el principio acusatorio en el periodo intermedio y en la fase del juicio oral del proceso penal, aun rige el principio inquisitivo en la fase de instrucción (art. 306 y concordantes LECr: instruye el juez bajo una más o menos teórica vigilancia del Ministerio fiscal), cuando en todos los países es el Fiscal quien instruye, bajo la vigilancia de un Juez de garantías.

3 El Anteproyecto de Ley de enjuiciamiento criminal del entonces Ministro de Justicia Sr. Caamaño, diciembre 2014, y la Propuesta de Código procesal penal de la comisión nombrada por el también exministro Sr. Ruiz Gallardón, febrero 2013, comisión de la que formó parte el autor de este trabajo.

4 Las reflexiones vertidas en estas páginas provienen de un autor ya jubilado como Catedrático de Derecho penal y en ejercicio de la abogacía en el ámbito del Derecho penal económico o, si se prefiere, de la empresa o de los negocios, durante casi cincuenta años, que además ha sido Diputado primero y Vicedecano después en la Junta de Gobierno del Colegio de abogados de Madrid, durante muchos años y con tres Decanos distintos, circunstancias que, junto a otras experiencias que no son del caso, le confieren legitimación para efectuar estas reflexiones que, por otra parte, no son nuevas en su actividad como publicista.

II. ERRÁTICA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En la primera nota a pie de página de este trabajo se reproduce la declaración de A. Nieto en la que afirma que el sistema de Administración de justicia, instaurado en España a raíz de la Revolución de 1868, la Constitución de 1978 lo «sustituyó, sin confesarlo, por otro pretendidamente más moderno y más democrático, que día a día se está desnaturalizando progresivamente. El resultado de esta confusión, de esta rectificación vertiginosa, nunca justificada y ni siquiera explicitada, ha sido un modelo, el actual, literalmente desquiciado y traducido en un gobierno judicial exacerbado». Se trata pues de pormenorizar «los desquiciamientos» de este modelo, que no se ajusta a la CE al no haber sido primero diseñado conforme a sus pautas ni, en consecuencia, después adecuadamente plasmado en la legislación orgánica, sustantiva y procesal, incumpliendo el sabio consejo de Erasmo De Rotterdam cuando decía⁵: «Las mejores leyes bajo el mejor de los príncipes son el factor principal de la felicidad de la ciudad o del reino. El Estado es más que nunca feliz cuando todos prestan obediencia al príncipe y el propio príncipe obedece a las leyes, y *las leyes responden al ideal de la equidad y de la honestidad, y no tienden sino a procurar la mejoría del bien público*», o en palabras más antiguas en la definición de ley de Tomás de Aquino, unas leyes que sean *rationis ordenatio ad bonum communem*, lo que exige una pausada y concienzuda elaboración de las leyes al estilo de los legisladores españoles del último tercio del siglo XIX o del legislador alemán al reformar la parte general del Código penal tras la segunda guerra mundial, aludido como ejemplo *ut infra*⁶.

Se comienza este análisis considerando algunos aspectos del órgano de gobierno del poder judicial, para seguir criticando las insuficiencias relativas a los operadores jurisdiccionales (jueces, fiscales, abogados, policía judicial) y finalizar reclamando la urgente necesidad de una nueva ley de enjuiciamiento penal, tratando además incidentalmente algunos aspectos de la legislación penal sustantiva.

1. El Consejo General del Poder Judicial⁷

El gobierno del Poder judicial tiene su regulación básica en la CE, cuyo artículo 122.3 declara la composición de su órgano de gobierno, es decir, del Consejo

5 En *Educación del príncipe cristiano*, Ediciones Orbis, Barcelona 1964, p. 83.

6 Epígrafe 5-A de este apartado, con nota a pie de página circunstanciando el artículo al respecto de A. BERISTAIN.

7 O. ALZAGA VILLAMIL, *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Marcial Pons, Madrid 2016, pp. 559 y ss. L.M. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, «Artículo 122», *Comentario a la Constitución española*, T. II, Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pp. 1719 y ss. P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, «Artículo

—CGPJ—, y el modo de elección de sus veinte vocales, de los cuales doce han de ser jueces o magistrados en activo. La LOPJ, tras la modificación introducida por la LO 4/2013 de 28 de junio, implementa esa regulación de la organización y funcionamiento de este órgano en sus artículos 558 a 584 bis.

Se le ha reprochado al CGPJ, entre otras cosas, su corporativismo y el excesivo peso de las asociaciones de jueces en la elección de los vocales y en la promoción a los altos puestos de la carrera judicial, con patentes conexiones de dichas asociaciones con los partidos políticos dado el perfil ideológico de aquéllas, llegando a calificar su naturaleza de «régimen de gobierno anarcosindicalista». Es tan cierto que los jueces y magistrados son los principales sujetos de la Administración de Justicia y, en definitiva, del Poder judicial, como que su actividad sería imposible sin la cooperación necesaria de fiscales, abogados, letrados de la administración de justicia y otros coadyuvantes en su función de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» y, partiendo de estas premisas debe concluirse que el CGPJ tiene un carácter excesivamente «curial», cuando su perfil debería ser más «forense», dando más presencia a los mencionados cooperadores necesarios, ajenos a la *maiestas* de una curia o tribunal y, en cambio, necesariamente implicados en un colectivo más cooperativo, cual es el caso del «foro», que era una plaza donde se trataban los asuntos públicos y el pretor impartía justicia. Esta reconfiguración acercaría más a la realidad el deseo constitucional de que la Justicia emane del «pueblo», acercamiento que se produciría con los cambios que se proponen, especialmente mediante el incremento de la presencia de abogados como vocales, operadores jurídicos que son los más cercanos a los ciudadanos.

Para efectuar esta transformación en primer lugar se debería reducir el número de vocalías reservadas a jueces o magistrados, para que este órgano supremo del Poder judicial represente en términos más proporcionales a los demás actores del servicio público, perdiendo la mayoría de doce vocales sobre veinte que hoy ostentan los jueces, a favor de fiscales, abogados, abogados del Estado, letrados de la Administración de Justicia y algún otro colectivo, frenando de paso su deriva corporativista. Especial mención merecen los abogados, que son sin duda los que mejor conocen el óptimo y el peor funcionamiento de los juzgados y tribunales, tal y como constatan de inmediato los jueces y fiscales que piden la excedencia y comienzan a ejercer como abogados, cuando confiesan que hasta ese momento no eran conscientes de los defectos de organización y deficiente funcionamiento de la Administración de Justicia. Esta reconfiguración de los miembros del CGPJ lo acercaría a los órganos análogos del entorno, tales como el

122», *Comentario mínimo a la Constitución española*, Crítica, Barcelona 2018, pp. 469 y ss. E. ARNALDO ALCUBILLA, «Una visión dinámica del Poder Judicial», *Administraciones Públicas y Constitución*, INAP. Madrid, 1998, pp. 719-733. «El Consejo General del Poder Judicial como órgano constitucional», en VV.AA. *Jornadas Internacionales sobre el Consejo de la Magistratura*, Ministerio de Justicia de la Nación Argentina, Buenos Aires, 1999.

Consejo Superior de la Magistratura italiano⁸ y el Consejo Superior de la Magistratura francés⁹.

Otro punto relevante en este capítulo, también vinculado al carácter corporativista del actual Consejo, es el ya mencionado excesivo papel que juegan las asociaciones de jueces y magistrados en la elección de los candidatos a participar en el órgano supremo de gobierno del Poder judicial, cuestión que tiene dos aspectos conexos y revisables: la prohibición de jueces y fiscales de pertenecer a partidos políticos (art. 127-1 CE) y la participación de estas asociaciones (las tres principales con un fondo ideológico político) en la citada elección de candidatos a vocales (art. 574.1 LOPJ). Respecto al primer aspecto parece aconsejable suprimir tal prohibición, en primer lugar porque la pretendida neutralidad resulta traicionada por la existencia de las mencionadas asociaciones de inspiración ideológica política, y en segundo término porque, a los efectos de la posible abstención/recusación en asuntos que impliquen a partidos políticos, la no pertenencia se ha demostrado que no es razón suficiente para desestimar que exista una vinculación de hecho, que afecte a una sospecha suficiente de apariencia de parcialidad¹⁰. Y en cuanto al segundo punto, se debería suprimir el aval de la asociación para ser candidato sustituyéndolo por avales individuales, para que hubiera total igualdad entre asociados y no asociados a la hora de optar a esos cargos.

Si con la solución propuesta se resolvería el problema de proporcionalidad en la composición del CGPJ, respecto a las diversas clases de sujetos activos que conforman el ejercicio del Poder judicial, queda pendiente el relativo al modo de elección de los miembros de cada uno de los sectores profesionales de los que provengan los futuros vocales y, superando los regímenes en uso hasta el presente respecto a la elección de jueces, se propone la fórmula de la elección en votación directa en cada colectivo, teniendo voto pasivo los que hayan sido avalados en su presentación por un número apropiado de compañeros. El corporativismo que pudiera desprenderse de este procedimiento resultaría neutralizado con la pérdida de la mayoría en el Consejo de jueces y magistrados. Sobre el procedimiento de elección de los restantes miembros no jueces, principalmente abogados, no se hace aquí pronunciamiento alguno, dada la generalidad de este análisis, pero en

8 El Consejo está formado por veintisiete miembros: tres son miembros de derecho (el Presidente de la República y el Primer Presidente y el Procurador General del Tribunal de Casación), ocho son elegidos por el Parlamento entre abogados y académicos, y los dieciséis son jueces y fiscales elegidos por sus colegas.

9 El Consejo Superior de la Magistratura actúa a través de dos Salas, una competente sobre los jueces (*magistrats du siège*) y otra sobre los fiscales (*magistrats du parquet*). En ambos casos, está presidido por el Presidente de la República y el ministro de Justicia es vicepresidente. El resto de su composición es la siguiente: la sala competente sobre los jueces (5 jueces, 1 fiscal, 1 consejero de Estado elegido por el propio pleno del Consejo de Estado y 3 personalidades designadas por el Presidente de la República, el Presidente de la Asamblea Nacional y el Presidente del Senado, que Estas no pueden ser ni parlamentarios ni miembros del poder judicial); y la sala competente sobre los fiscales (5 fiscales, 1 juez, 1 consejero de Estado elegido por el pleno del Consejo de Estado y 3 personalidades elegidas como en el caso anterior).

10 Por cierto, las experiencias de recusación habidas y no habidas en la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional parece que han tenido sesgos contrarios a uno de los sectores ideológicos.

el caso de estos últimos parece lo lógico que el Consejo General de la Abogacía fuera el cauce para su elección.

2. Pendiente reorganización del orden jurisdiccional penal

a) *La estructura orgánica*

Desde que se estructuró la Administración de justicia en España, mediante la Ley orgánica provisional del poder judicial en 1870, se han producido profundos cambios sociales, económicos y políticos, cambios que exigen una también profunda revisión de la Justicia en general y de la penal en particular, hasta ahora sólo parcialmente atendida, estando pendiente por ejemplo la actualización de su organización territorial y funcional, superando la unidad territorial del partido judicial por la de la provincia y los órganos individuales por los tribunales de instancia¹¹, reorganización funcional que incluya además al juez de garantías durante la instrucción y el de la acusación al finalizar la misma, al encargar dicha instrucción al Ministerio fiscal.

No es este el lugar adecuado para pormenorizar todos los contenidos de la segunda revolución de la Administración de Justicia en general y de la penal en particular, pero sí interesa insistir en que sería deseable que se coordinaran las tres áreas: la orgánica, la sustantiva y la procesal. La orgánica, es decir, la distribución de competencias para enjuiciar los delitos graves, menos graves y leves, así como para vigilar judicialmente la instrucción y la procedencia de juicio o sobreseimiento; la sustantiva, revisando los contenidos del CP y de las leyes penales especiales, para resolver con criterios claros las fronteras entre los ámbitos penal y administrativo-sancionador¹², la opción entre los principios de codificación o de especialidad¹³, así como el tratamiento de las prejudicialidades derivadas de la

11 Así figura en la Propuesta de texto articulado de una nueva LOPJ elaborada por la Comisión nombrada al efecto por el Consejo de Ministros y que fue presentada el 25 de febrero de 2013 por el entonces Ministro de Justicia Ruiz-Gallardón, así como en otras propuestas y estudios anteriores del CGPJ.

12 El Estado es uno y su facultad sancionadora se diversifica en dos ámbitos: el administrativo (a nivel estatal, autonómico, provincial, municipal e institucional: regímenes disciplinarios de universidades, colegios profesionales, etc.) y el jurisdiccional penal, solapándose en ocasiones ambos ámbitos, con supuestos de clara presencia del vetado *bis in idem* sancionador, regulado por la doctrina del TC que, tras un criterio estricto de total incompatibilidad entre las sanciones administrativas y las posteriores penales relativas a unos mismos hechos (S 177/1999 de 11 de octubre), a partir de la S 2/2003 de 16 de enero se consideró que prevalecía la penal si el procedimiento administrativo sancionador previo no se había suspendido, incumpliendo tal deber por mor de la prejudicialidad penal.

13 En ocasiones, como ocurre con los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social (arts. 305 y ss CP), la delimitación de injustos administrativos y civiles es clara, al depender de la cuantía de lo defraudado, pero no ocurre lo mismo en otros supuestos. Como los tipos penales que sancionan hechos también castigados en el ámbito sancionador administrativo, vienen a sobreproteger esos bienes jurídicos definidos y ya primariamente protegidos por dichas normas, el legislador se encuentra en la disyuntiva de incluir esos delitos en el Código penal o de incluirlos en leyes penales especiales generalmente incorporadas al cuerpo legal

presencia en los tipos penales, particularmente en los que conforman el Derecho penal económico, de los negocios o de la empresa, de elementos jurídico normativos pertenecientes a otros sectores del ordenamiento jurídico, llegando en numerosas ocasiones a conformar auténticos tipos penales en blanco¹⁴; y la procesal, elaborando la nueva Ley procesal penal conforme a los nuevos principios.

b) *La Sala de lo penal y los juzgados centrales*

Otro aspecto organizativo relevante es si, una vez superado el terrorismo de ETA, debe mantenerse o suprimirse la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional y lo conexos juzgados centrales de instrucción, de lo penal, de menores y penitenciario. Los actuales ámbitos de competencia, particularmente los relativos a la extensión de la jurisdicción española a hechos acaecidos en el extranjero¹⁵, terrorismo y criminalidad organizada, y causas por ciertos delitos económicos cometidos en el ámbito de más de una audiencia provincial y de trascendencia nacional¹⁶,

regulador de la correspondiente materia. En España se viene siguiendo la opción «codificadora», mientras que en otros países —Francia e Italia, p.e.— se opta con más frecuencia por el principio de «especialidad», que facilita que el catalogo de delitos y penas se coordine con mayor precisión con el de las infracciones y sanciones administrativas sobre las mismas realidades (propiedad intelectual o industrial, medio ambiente, urbanismo, etc). En España excepcionalmente se ha seguido esta técnica de la ley especial en los delitos electorales (L 209/1964, de 24 de diciembre, penal y procesal de navegación aérea —arts. 13 y ss.—; LO 5/1985, de 19 de junio de Régimen electoral General —arts. 135 y ss.—, y en la LO 12/1995, de 12 de diciembre de Represión del contrabando, pues aunque formalmente siga vigente la Ley de Régimen jurídico de control de cambios de 1978, las SSTJUE de 23 de febrero y 14 de diciembre de 1995, resolviendo sendas cuestiones prejudiciales comunitarias, la derogaron materialmente al considerarla contraria al principio de libre circulación de capitales, y en la práctica se vino a controlar el tráfico delictivo a través del nuevo delito de blanqueo de capitales, arts. 301 y ss CP); hasta la promulgación del CP vigente en 1995, existieron otras leyes penales especiales como la de Caza, Pesca fluvial, Pesca con explosivos y Protección de pájaros insectívoros, pero el legislador optó por el principio de codificación al promulgar el nuevo CP, si bien nunca prevaleció en España el principio de especialidad frente al de codificación, pues la leyes penales especiales fueron siempre excepciones.

14 Esta modalidad de configuración de los tipos penales ha sido aceptada por el TC, como compatible con el principio de legalidad de lo delitos, siempre que no se abuse de esta técnica y que la conducta nuclear esté descrita en el tipo penal, así como la inadmisión de un segundo reenvío desde la norma extrapenal implicada en el tipo (SSTC 109/2007 de 7 de febrero, 181/2008 de 22 de diciembre y 104/2009 de 4 de mayo, entre otras). Son ejemplos paradigmáticos de leyes penales en blanco, entre otros muchos, los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social (arts. 305 y ss CP) y los delitos contra el urbanismo, el patrimonio histórico y artístico, el medio ambiente y los recursos naturales (arts. 318 y ss CP), en los que resulta imposible determinar la tipicidad de la conducta sin acudir a los dispuesto en la leyes y reglamentos administrativos reguladores de ese sector.

15 Art. 23 LOPJ, aplicación de los principios de personalidad activa —delitos cometidos por españoles en el extranjero—, de protección de intereses españoles y de la justicia universal, que excepcionan el básico de la territorialidad —delitos cometidos en territorio español— para determinar los límites espaciales de la jurisdicción penal española. En otros países es competente el juzgado o tribunal ante el que se plantee la pretensión acusatoria y, en relación con las extradiciones activas o pasivas, también el órgano ante el que se solicite —la activa— o al que corresponda en función del lugar en que se practique la detención del reclamado.

16 En la actualidad otorgan competencia a la Sala de lo penal de la Audiencia nacional, en los delitos de esta naturaleza que, inicial —sin cuestión de competencia— o finalmente —resolviendo dicha cuestión la

podrían ser asumidas por una o varias Secciones de la Audiencia provincial de Madrid, si se estimara que no puede asignarse la competencia a otra audiencia, aplicando las normas generales de competencia previstas en la LECr¹⁷, o si así lo aconsejara excepcionalmente alguna circunstancia que afectase a la tutela judicial efectiva. El carácter excepcional de la existencia de una Sala de lo penal en la Audiencia Nacional, que fue una remodelación democrática del antiguo Tribunal de Orden público y que realizó una labor encomiable e incluso heroica en la lucha contra el terrorismo de ETA, aconsejaría normalizar la organización jurisdiccional penal, eliminando esta excepción que ha evolucionado por derroteros no muy acordes con los derechos fundamentales de los justiciables, particularmente del de defensa y del derecho a la libertad durante el proceso¹⁸.

c) *El tribunal del jurado*¹⁹

El artículo 125 CE consagró dos instituciones tan innecesarias como disfuncionales para el buen funcionamiento de la Administración de la Justicia penal: la acción popular y el tribunal de jurados. De la primera se trata *ut infra*, pero de la segunda corresponde hacerlo ahora por su carácter orgánico procesal. El tribunal del jurado se reguló tarde y mal por la LO 1/1995 de 22 de mayo, tarde porque se hizo casi diecisiete años después de la entrada en vigor de la CE, y mal porque en vez de optar por el escabinado, tribunal formado por jueces profesionales y legos, como acaeció en la jurisdicción militar (LO 4/1987 de 15 de julio, de la Competencia y organización de la Jurisdicción Militar, arts. 36, 39, 46 y 49) y que es además el modelo continental de los tribunales jurados, se optó por el modelo anglosajón, ampliando además en exceso su competencia a un alto número de delitos y, para colmo, algunos de muy escasa gravedad como el allanamiento de morada o la omisión de socorro,

Sala 2.^a del TS— la acepte dicho órgano, en virtud de lo dispuesto en el artículo 65-1.º-c LOPJ, pero el artículo 18 LECr prevé la asignación a una sola audiencia provincial de toda la causa, acumulando los delitos conexos cometidos en el ámbito de otra audiencia, conforme a los criterios que señala.

17 Ver nota precedente y lo dispuesto en el art. 14 LECr.

18 Si, como es previsible y tal como se señala en la nota 47, el pleno del TC declara próximamente la procedencia de indemnizar a todos los que hayan padecido prisión preventiva, seguida de absolución o sobreseimiento, sin las actuales restricciones a los supuestos de «inexistencia del hecho» (art. 2941 LOPJ), estos excesos inquisitivos serán corregidos por las exigencias del Ministerio de Hacienda, hasta el punto de que se podrían reclamar el importe de la indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado Juez, al fiscal y juez —o sala— que, indebidamente, hubieran acordado o mantenido la prisión preventiva, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 36 de la L 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen jurídico del sector público.

19 Sobre esta materia puede verse J.M. SERRANO ALBERCA, «Artículo 125», *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid 1981, pp. 125 y ss., con una exposición histórica y comparada muy completa. O. ALZAGA VILLAMIL, ob. cit., pp. 569-570. E. ARNALDO ALCUBILLA, «Artículo 125», *Comentario mínimo...* cit. pp. 480-484, y «Algunas notas sobre el Jurado. En defensa del escabinado». *Revista de Derecho Político*, n.º 47 (2000), pp. 111-126

y además sin introducir las prudentes cláusulas obrantes en la legislación portuguesa²⁰: dejar a la opción de la partes acudir el tribunal de jurado y, de optar por el mismo, elegir el simple —puro— o el mixto —escabinado—, además de reservar esta opción sólo para los delitos graves. Si no se reforma el artículo 125 CE, sí tendría que someterse la regulación de Tribunal del Jurado a una profunda revisión inspirándose en el modelo portugués, pues en la actualidad los juicios con tribunal de jurado son largos y costosos (dietas, gastos de hotel, muchas sesiones previas y de desarrollo de la vista, etc.), agravando la falta de medios y las dilaciones de la Justicia penal, y resultando además estos tribunales mucho más azarosos e inseguros que los ordinarios.

3. Los operadores jurisdiccionales

Ya Alonso Martínez, al finalizar la exposición de motivos de la LECr, le decía al Rey refiriéndose a la Administración de Justicia del orden penal: «...que no es posible, Señor, montar una máquina delicada y hacerla funcionar con éxito, sino contando con el asentimiento, el entusiasmo, la fe y el patriotismo de los que han de manejarla». Tratemos pues a continuación aspectos esenciales atinentes a los jueces y los demás operadores jurisdiccionales, constatando deficiencias y proponiendo soluciones.

a) *Jueces*

En España hacen falta más jueces²¹, que además se dediquen exclusivamente a juzgar y a hacer juzgar lo juzgado (art. 117 CE), salvo su ocasional colaboración en las Juntas electorales, abandonando los registros y los matrimonios civiles, la instrucción de las causas y, en fin, que estén más racionalmente organizados, superando la demarcación y planta decimonónica para pasar a la circunscripción provincial con tribunales de instancia.

Por otra parte, la especialización en órdenes y subórdenes jurisdiccionales es una demanda creciente que, en el orden penal, se echa en falta en la instrucción y enjuiciamiento de los llamados delitos económicos, empresariales o de los negocios

20 La LO de 6 de diciembre de 1977 optó por el jurado escabinado, pero la Ley Figueiredo de 1983, aprobando el Código del proceso penal, estableció la vigencia de los dos tipos de tribunal de jurado: el simple —legos— y el mixto —escabinado—, pudiendo optar por cualquiera de los dos tras elegir esta vía de enjuiciamiento, y si inicialmente se opta por el jurado sin más o por el de legos, se puede luego concretar la preferencia por el mixto.

21 Según datos de la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia, en España hay 12 jueces por cada 100.000 habitantes, cuando la media europea es de 21. Téngase en cuenta además que en España los jueces de instrucción sólo enjuician los delitos menores —antes faltas— y una minoría no tiene funciones jurisdiccionales por estar destinados en los Registros civiles o autorizando matrimonios.

que, además de conocimientos contables y empresariales, se precisan suficientes nociones de las ramas del derecho extrapenales implícitas en los tipos delictivos de esta naturaleza, especialmente de índole administrativa, tributaria y mercantil. Esta demanda se alimenta de la imposibilidad de hacer justicia sin tener *divinarum atque humanarum rerum notitia*, siguiendo el sabio adagio romano que exige conocer la realidad sobre la que se van a aplicar las normas jurídicas, haciendo además real y efectiva la presunción *iura novit curia*.

También se echa en falta, comparando la Administración de Justicia con otros servicios públicos, un mayor respeto a los justiciables y demás partícipes en la actividad judicial (abogados, peritos, testigos...), a la hora de organizar las agendas de las actuaciones jurisdiccionales, para evitar, además de las esperas, los desplazamientos inútiles comunicando las suspensiones con suficiente antelación. Y, en fin, la eliminación de la figura del juez instructor evitará los casos, hoy existentes, de algunos enjuiciantes a los que les imprimió carácter haber sido jueces de instrucción, impidiéndoles tal estigma ser del todo imparciales en su función de juzgar.

A lo expuesto se sumaría, en un examen más exhaustivo de la judicatura, la problemática de la selección y formación permanente de los jueces, la dotación de medios, el control de su rendimiento y los criterios y procesos de ascenso y provisión de cargos de gobierno, y otras cuestiones que no pueden plantearse y resolverse en los parámetros de este trabajo. Sí tiene en cambio cabida el problema del llamado «populismo judicial», que se trata *ut infra* con más detenimiento.

b) *Fiscales*

Tanto los jueces como los fiscales tienen como filtro de calidad unas oposiciones tradicionales, basadas principalmente en la memorización de una serie de temas, básicamente centrado en Derecho constitucional, civil, penal, procesal civil, procesal penal, y con menos contenidos mercantil, administrativo y laboral, seguidas de una estancia en la Escuela judicial y de prácticas. No es el momento, como se ha dicho ya, de cuestionar el sistema de selección, pero sí el de apuntar para el futuro una solución parecida a la alemana, estableciendo un sistema de selección idéntico y conjunto para jueces, fiscales, abogados y otras profesiones jurídicas, sistema que garantizaría *ex radice* la igualdad de armas procesal y sobre todo la dignidad y calidad del abogado, muy necesarias ambas para un adecuado funcionamiento de la Justicia.

Ya es un tópico, que el paso del tiempo está convirtiendo en utópico o al menos en ucrónico, que los fiscales deben asumir la instrucción de las causas penales, bajo la vigilancia de un juez de garantías, extendiendo por fin el principio acusatorio también a esta primera fase procesal, y cumpliendo, aunque sea después de más de un siglo, el deseo del ya citado Alonso Martínez que

clamaba casi al final de la exposición de motivos de la LECr: «Y suponiendo que algún día el legislador, echándose en brazos de la lógica, llegase hasta este último límite el sistema acusatorio...». Que los fiscales instruyan con independencia funcional pero con criterios uniformes, superando la situación actual en la que o instruyen al alimón el juez y el fiscal frente al abogado o, en las macrocausas, se limitan ambos a tramitar lo que la OCU, la UDEF o la UDYCO les dictan, tal cambio será sin duda una conquista al someter la vigilancia de la instrucción a un juez imparcial, sin los intereses investigadores que actualmente, en mayor o menor medida, vician irremediabilmente su imparcialidad²².

Esta extensión del principio acusatorio a la instrucción exige una reforma del Estatuto del Ministerio fiscal para que, además de regular otras materias como el reconocimiento del principio de oportunidad, disponga que el fiscal instructor no pueda recibir órdenes de la superioridad para dejar de instruir o perseguir, y sí en cambio para iniciar o proseguir una instrucción, solucionando así los problemas que el principio de jerarquía pudiera plantear como obstáculo a este cambio. También parece razonable que, sin dejar de depender el nombramiento del Gobierno el Fiscal General del Estado, la persona que lo encarne resulte elegida con el mayor consenso posible, incluyendo este requisito en la regulación legal de la su elección.

c) *Abogados*

Los abogados están calificados por la LOPJ (rótulo del Libro VII) de «cooperadores» de la Administración Justicia, pero omitiendo el adjetivo de «necesarios», especialmente en el ámbito del orden jurisdiccional penal. En contraste con los jueces y fiscales, que además de merecer una mención constitucional (arts. 117 y 124) tienen su estatuto regulado por ley, los abogados carecen de tales honores, pues el Estatuto General de la Abogacía Española sólo tiene el rango de Real Decreto, diferencia formal que tiene además consecuencias jurídicas en relación con el régimen disciplinario, cuyas infracciones y sanciones de naturaleza administrativa, reguladas por una disposición inferior al rango de ley, incumple el principio de legalidad consagrado en el artículo 25 CE, aunque de momento se venga eludiendo en los Tribunales la nulidad de tal régimen disciplinario, mediante el eufemismo de considerar que tiene «cobertura legal», aunque incumpla la reserva de ley. En este sentido sería necesario regular la profesión de la abogacía mediante una ley, bien circunscrita a tal ámbito, bien dentro del

22 En teoría es defendible la tesis de que siga instruyendo el Juez, pero en la experiencia del jurista de «a pie de obra» es la contraria. En defensa de la tesis teórica puede verse el reciente y documentado artículo de J-L. GÓMEZ COLOMER, «La fiscalía española, ¿debe ser una institución independiente?», en *ESTA REVISTA*, n.º 41, 1.º semestre 1018, pp. 157 y ss.

más amplio de la regulación del derecho fundamental de defensa (aun cuando este último aspecto, exigente del rango de ley orgánica, podría regularse en la nueva Ley de enjuiciamiento penal), y en el marco de esta nueva regulación legal, que el Consejo General de la Abogacía Española reelabore el Estatuto general de la Abogacía española, que servirá de pauta a los ochenta y tres colegios para que actualicen sus estatutos.

Otro aspecto pendiente de mejora de los abogados españoles es su previo control de calidad y cantidad, pues aun cuando el actual mecanismo de acceso a la Abogacía esté siendo mejor que su contrario, especialmente en el tramo de prácticas en despachos, está lejos de lograr que la abogacía española se sitúe en los parámetros de calidad y cantidad de otros países europeos, en cuanto a la cantidad, por el exceso de abogados que genera litigiosidad²³, circunstancia que se agrava al concurrir con el déficit de jueces y magistrados cuyo número debería duplicarse. Tanto para un efectivo control de la calidad como de la cantidad de los abogados, el nuevo sistema de selección tendría que aproximarse al procedimiento aplicado para los médicos —el MIR—, situando el examen en el orto del proceso y no en su final, y limitando el número de los que podrán superarlo, posponiendo y reservando el master a los graduados que aprueben dicho examen, aun cuando tal reducción merme el negocio de los centros docentes.

Y, en fin, en tanto se logra que sustituyan a la actual nuevas generaciones de abogados, más selectas y menos numerosas, el CGAE y los ochenta y tres colegios de abogados deberían planificar y ejecutar una campaña de rearme moral de la abogacía, inculcando los valores éticos contenidos en los dos Códigos deontológicos vigentes, particularmente que el «deber fundamental» del abogado, «como partícipe en la función pública de la Administración de Justicia, es cooperar a ella asesorando, conciliando y defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados. En ningún caso la tutela de tales intereses puede justificar la desviación del fin supremo de Justicia a que la abogacía se halla vinculada». Esta escala de prelación de intereses exige que primero estén los de la Justicia, luego los de los clientes y, finalmente, los del abogado, escala de valores que veta tanto el planteamiento de pretensiones insostenibles a través de demandas, querellas, denuncias o recursos, como acuerdos o transacciones que perjudiquen al cliente y beneficien a los abogados, así como cualquier actuación que traicione esta jerarquía de intereses.

23 Así lo confirman las estadísticas, pues la necesidad de «sostenibilidad» y «lucro» de los despachos estimula la presentación de demandas y querellas, aun cuando las pretensiones sean insostenibles, si bien en la etiología de la litigiosidad hay muchas variables, incluido el grado de desarrollo económico: V. ROSALES, «Demanda y oferta de Justicia civil en España», *Papeles de Economía española*, n.º 151, 2017, pp. 102 y ss. En CEPEJ, *European judicial systems. Efficiency and quality of justice, 2018 Edition (2016 data)*, figura España con 11,5 jueces y 305,3 abogados por cada 100.000 habitantes, frente a 24,2 jueces y 200 abogados en Alemania; respecto al número de abogados en relación con la población, sólo supera a España, por este orden, Luxemburgo —403,1—, Grecia —390,3— e Italia —378,4—.

d) *Policía judicial*

No existe en España una auténtica policía judicial dependiente en exclusiva de los jueces y fiscales²⁴, pues o bien es mixta no sólo en el sentido de su doble dependencia, orgánica del Ministerio del interior y, teóricamente, funcional de los mencionados titulares de la Administración de Justicia, sino también en cuanto que cumplen coetáneamente actividades gubernativas y judiciales, que en ocasiones confunden interesadamente. Especial mención merecen, como ya se ha aludido, las unidades policiales especializadas (UDYCO, UDEF y UCO) que gozan de una casi total autonomía hasta constituirse en «poderes fácticos», tomando iniciativas de investigación y de adopción de medidas cautelares como detenciones policiales, en procedimientos ya judicializados, hasta el extremo de terminar siendo el verdadero órgano instructor, calificando jurídicamente los hechos y proponiendo medidas de investigación, limitándose el Ministerio fiscal y el juez de instrucción a ser meros tramitadores de tales iniciativas que, al estar muy frecuentemente fundadas en meras sospechas y carecer de base probatoria, terminan en sentencias con numerosas absoluciones (p.e. en el Caso Malaya, de 95 acusados 50 absueltos en instancia y 6 mas en casación: casi el 60 % de absoluciones), resultados que generan graves daños morales y materiales a los sometidos injustamente a la «pena de banquillo» dada la publicidad del proceso, tanto en instrucción (conculcando los artículos 301 y 302 LECr y en algunos de los casos el 17 CE por la prisión preventiva indebida y no indemnizada luego como error judicial) como durante largos y mediáticos actos del juicio oral. Además de estos daños y perjuicios a los sucesivamente investigados, encausados y acusados, estas patologías generan una «malversación de caudales públicos», en el sentido etimológico del término, por el trabajo inútil de un alto número de funcionarios, incrementando además la «normal anormalidad» del funcionamiento de la Administración de Justicia.

e) *Otros colaboradores de la Justicia penal*

Las causas penales, especialmente en el ámbito del llamado Derecho penal económico, de la empresa o de los negocios entendido en un sentido amplio (delitos socioeconómicos, urbanísticos, medioambientales, de corrupción, etc.), requieren para su instrucción y enjuiciamiento, por una parte, la resolución de cuestiones prejudiciales ajenas al Derecho penal, y por otra el esclarecimiento de hechos que exigen un conocimiento de arte o ciencia ajena al derecho (periciales contables,

24 J.M. SERRANO ALBERCA, «Artículo 126», *Comentarios...cit.*, pp. 1859-1860. O. ALZAGA VILLAMIL, ob. cit., p. 571. P. LLORIA GARCIA, «Artículo 126», *Comentario mínimo...*, cit., pp. 485-488. V. MORENO CATENA, «Artículo 126», *Comentarios a la Constitución española*, T. II, Tirant lo Blanc, Valencia 2018, pp. 1765 y ss. L. RODRÍGUEZ RAMOS, «Cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado (Hacia una policía judicial y una instrucción eficientes)», *En pro de la regeneración política de España*, Aranzadi 2015, pp. 611 y ss.

informáticas, alimentarias, ambientales...). Respecto a la primera cuestión, al margen de la posible reimplantación de las cuestiones prejudiciales absolutas —suspensivas y devolutivas—²⁵, deberían admitirse en el proceso penal los dictámenes del *amicus curiae*²⁶, que no son otra cosa que informes periciales sobre temas jurídicos que, como instrumentos que suplan los supuestos en los que *iura non novit curia* (delitos tributarios, urbanísticos, contra la propiedad industrial, etc.), como informes periciales, hoy se introducen en los procedimientos cual si de ciencia o arte ajena al derecho se tratase²⁷. Y respecto al segundo tema, relativo a los informes periciales propiamente dichos, salvo el caso de los médicos forenses y otros cuerpos nacionales de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia²⁸, los juzgados y tribunales suelen acudir para peritajes judiciales a personal de la policía judicial o a peritos externos, cuyos informes —p.e. los informáticos— suelen dilatar la instrucción porque la acumulación de trabajo genera largas listas de espera.

5. El proceso penal y otras cuestiones

a) Necesidad de una nueva ley

La vigente LECr de 1882, ampliación de la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872, de Montero Ríos y firmada por Amadeo I, y parcheada reiteradamente mediante reformas y otras leyes complementarias, es obvio que requiere ser sustituida por una nueva Ley procesal penal, trabajo para el que sería funcional, como ya se ha dicho, refundir los dos borradores elaborados en los mandatos de los Ministros de Justicia Caamaño y Ruiz-Gallardón²⁹, al estar inspirados ambos trabajos en los mismos principios. Para evitar los tradicionales defectos del impaciente prelegislador español, dicha fusión de borradores debería someterse a información pública de académicos y prácticos del Derecho procesal penal, antes de convertirla en anteproyecto de ley, llegando incluso a la solución final del llamado «Proyecto alternativo» elaborado por académicos en Alemania,

25 El artículo 9 LOPJ determina que cada orden jurisdiccional es competente para resolver las pretensiones que afecten al sector del ordenamiento jurídico que le corresponda. El artículo 10 señala la preferencia del orden jurisdiccional penal para resolver cuestiones prejudiciales que surjan en las causas que le correspondan, al tiempo que fija la preferencia de este orden jurisdiccional si entra en conflicto con otro en el que se tenga que resolver un contencioso sobre los mismos hechos, pero en una interpretación discutible se ha llegado a una opción mayoritaria que considera erradicadas las cuestiones prejudiciales absolutas o, lo que es lo mismo, suspensivas y devolutivas, en el proceso penal, tema sobre el que se vuelve *ut infra* epígrafe 5.C.bc).

26 El *amicus curiae* es una institución vigente en algunos tribunales internacionales, que ilustran al órgano enjuiciante sobre cuestiones jurídicas difíciles, evidenciando que el adagio *iura novit curia* tiene límites.

27 M. MARCHENA GÓMEZ, «De peritos, cuasiperitos y pseudoperitos», *Poder Judicial*, n.º 39 (1995), pp. 233-252.

28 Arts. 470 y ss LOPJ: Facultativos y Técnicos especialistas del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias forenses, y de Gestión procesal y administrativa, etc.

29 Ver nota 3.

tras una larga y minuciosa tramitación del proyecto de reforma de la parte general del Código penal, que el Partido liberal convirtió en enmienda para enriquecer el debate en la tramitación parlamentaria³⁰.

Obviamente la nueva ley ritual penal mantendría los principios de los dos borradores aludidos, otorgando la instrucción al Ministerio fiscal bajo el control de un juez de vigilancia durante la instrucción y otro de la acusación finalizado el sumario³¹, restringiendo adecuadamente la imposición de medidas cautelares personales y reales y de las de investigación, especialmente las que afecten a derechos fundamentales y particularmente las de detención y prisión provisional, limitación de los supuestos y de la duración del secreto interno y, mediante disposiciones adicionales, reformando la LOPJ en lo atinente a la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado Juez, sobre todo en lo que afecta al error judicial como supuesto del normal funcionamiento de la Justicia y al específico de prisión preventiva seguida de sobreseimiento o absolución. Pero sobre estos particulares se trata en el siguiente epígrafe.

b) *Las reformas orgánicas como presupuesto: efectiva vigencia del principio acusatorio*

La nueva ley de enjuiciamiento penal obviamente ha de partir de la coetánea o previa realización de las reformas orgánicas mencionadas, y así poder superar la inercia inquisitiva de la instrucción en el orden penal español por las razones ya apuntadas por Alonso Martínez, como solución transitoria para suavizar el cambio que suponía la implantación del principio acusatorio en el periodo intermedio y en el plenario.

Esta erradicación de tales praxis inquisitivas exige, además de las reformas legislativas, un cambio de actitud en algunos jueces y magistrados, superando los excesos de confianza en las pretensiones del Ministerio fiscal, viviendo el reconocimiento de una real y efectiva igualdad de armas respecto a las defensas, exigiendo efectivos indicios racionales de criminalidad para iniciar diligencias penales contra algún ciudadano y que tales indicios estén muy reforzados a la hora de aplicar las medidas cautelares que, en su real y material naturaleza jurídica, son auténticas penas anticipadas, en especial cuando de la prisión preventiva se trata, pero también en los demás casos dado su carácter afflictivo.

30 Sobre el ejemplar proceso de reforma del Código penal alemán puede verse: A. BERISTÁIN, «La reforma del Código penal alemán», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1969, Tomo 22, 2, pp. 371 y ss. Este proceso contrasta con la «alegría» del legislador español en sus reformas.

31 En la versión de la Propuesta de Código procesal penal se unifica la figura del juez de garantías y de la acusación. En el Anteproyecto de Ley de enjuiciamiento criminal, en cambio, se diversifican ambas figuras. Una solución sincrética sería que el juez de garantías ejerciera también como juez de la acusación, pero exigiendo el juez de garantías el que actuara como juez de acusación fuera distinto del que, en ese procedimiento, lo hubiera sido durante la instrucción.

c) *Derechos de la defensa efectivos*³²

La erradicación de las inercias inquisitivas redundará, sin duda, en un reforzamiento de los derechos de defensa, siempre y cuando se complemente tal erradicación con nuevas reformas a las que se hace referencia en este apartado.

a) El secreto sumarial

El secreto externo e interno de las actuaciones en la fase de instrucción (arts. 301 y 302 LECr) no es en la actualidad ni real ni efectivo. Actuaciones sumariales, incluidas grabaciones de declaraciones de investigados y documentos de la causa declarados incluso secreto interno sólo accesibles al juez y al fiscal, así como conversaciones telefónicas mantenidas entre el imputado y su defensor que, para colmo, nada tienen que ver con esa causa, se publican en los medios de comunicación con total impunidad, atentando contra muy diversos derechos fundamentales de los investigados: presunción de inocencia, defensa, honor, propia imagen y tutela judicial efectiva.

Estos atentados tan graves contra los derechos fundamentales de ciudadanos justiciables, en la mayoría de los casos constitutivos de delito al haber sido quebrantados secretos por funcionarios (policías, fiscales o funcionarios de juzgados de instrucción) que las filtran a los medios para reforzar sus pretensiones, resultan impunes por obra y gracia del secreto de las fuentes que ampara constitucionalmente a los periodistas y que es ilimitado, absoluto, al no estar regulado por ley en contra de lo dispuesto en la CE (art. 20.1 d). La única solución eficaz a este problema tan grave es, mal que les pese a los periodistas, que se tipifique expresamente la divulgación en los medios de comunicación de información procedente de actuaciones judiciales, como delito contra la Administración de Justicia. No se trata de «matar al mensajero» sino más bien de «matar» al que lesiona tan graves derechos fundamentales, pues si el que quebranta el secreto es quien entrega «la pistola» al periodista, es el periodista quien «la dispara». No se trata pues de limitar el ámbito del secreto de las fuentes del periodista, sino de tipificar como delito la publicación o divulgación del secreto quebrantado por esa fuente, que por cierto es un secreto aun no regulado legalmente a pesar el mandato constitucional en tal sentido³³.

Con esta criminalización de la divulgación de secretos sumariales se seguiría la senda de países más civilizados en este aspecto, tales como

32 L. RODRÍGUEZ RAMOS, «¿Inferioridad de armas de la defensa en el proceso penal? (Especial referencia al derecho a la prueba)», *Teoría y Derecho*, Tirant lo Banc, diciembre 2010. «¿Hacia el ocaso del derecho de defensa?» I y II, *Abogados*, Consejo General de la Abogacía Española, septiembre y noviembre de 2016.

33 Art. 20.1-d) CE.

Alemania, Francia, Suiza o Portugal³⁴, y se evitaría el aluvión de filtraciones a los medios de comunicación de la policía judicial, de los abogados, de las fiscalías y de juzgados y tribunales de actuaciones teóricamente secretas, en ocasiones también sometidas al secreto interno, filtraciones dirigidas a la creación o el incremento de un «ambiente» en la opinión pública, para reforzar como se ha dicho sus pretensiones intraprocesales, contando que tal «ambiente» influirá en el órgano jurisdiccional para propiciar el éxito de las mismas.

b) Castigo de la querulancia y de la litigiosidad temeraria

Como ya se ha manifestado, en España existe una alta litigiosidad penal por abundantes denuncias, querellas y recursos con pretensiones insostenibles, que generan un alto gasto público y privado *ad maiorem advocatorum lucrum*, si bien tampoco falta temeridad en no pocos procedimientos iniciados e impulsados por el Ministerio fiscal, especialmente siguiendo pautas de la policía pseudojudicial en los términos ya comentados. Obviamente esta actividad inútil del orden jurisdiccional penal, además de la citada malversación de fondos que supone en el sentido etimológico de la palabra, contribuye a la existencia de dilaciones y al sometimiento de muchos ciudadanos a ser sujetos pasivos de aficciones como imputados e incluso acusado en un procedimiento penal, que carece de fundamento por ausencia de indicios racionales de criminalidad que justifique su inicio.

— La condena en costas y responsabilidad patrimonial efectiva del Estado Juez

Al margen del ya referido «control de natalidad» en la abogacía, el mejor remedio para erradicar este exceso de litigiosidad sería, por una parte, implantar en la nueva Ley de enjuiciamiento penal el criterio del «vencimiento» para la condena en costas, del modo que está regulado en la vigente LEC³⁵, y por otra, implantar la responsabilidad

³⁴ El TEDH ha confirmado la procedencia de sanciones a periodistas que publicaron información sometida al secreto de la instrucción. En el Caso Giesbert y otros v. Francia —S de 1 de junio de 2017—, la divulgación del secreto se produjo terminada ya la instrucción, pero antes de ser conocida por el tribunal enjuiciante. En el mismo sentido de protección del secreto de la instrucción frente a la libertad de información, por afectar a la presunción de inocencia junto a otros bienes jurídicos, la S de 29 de marzo de 2016, Caso Bedat v. Suiza, se había pronunciado un año antes en el mismo sentido.

³⁵ En la LECr —art. 240— sólo se condena a la acusación particular y, aunque no lo diga la letra de la ley, también se ha condenado a la popular, si concurre «temeridad» o «mala fe». En cambio, en el ámbito de la LEC —art. 394.1— rige el principio del «vencimiento»: el que pierde el pleito paga las costas, con la excepción de que existieran en la pretensión del perdedor «serias dudas de hecho o de derecho». Debería implantarse en el procedimiento penal este criterio matizado del vencimiento, para evitar la querulancia temeraria, en cambio sería más justo implantar también esta modalidad en el régimen de costas del recurso de casación penal, pero en el sentido contrario, es decir, excepcionando la condena en costas si concurrieran «serias dudas de hecho o de derecho» en la pretensión del perdedor, pues ahora —art. 901 LECr— la vigencia

patrimonial del Estado juez por error judicial, en los supuestos de sobreseimiento o sentencia absolutoria, al menos como regla general, y sin duda el Ministerio de Hacienda exigirá a la Fiscalía General del Estado que dé órdenes precisas a los fiscales de no caer en la temeridad, cuando la cuantía de las indemnizaciones en tal concepto supongan una carga importante para los presupuestos generales, carga evitable atemperando prudentemente el exceso de celo acusatorio de algunos fiscales³⁶. En este sentido es esperanzadora la noticia reciente de declaración próxima de inconstitucionalidad de la norma de la LOPJ que exige como requisito, para la indemnización de la prisión preventiva imputada al absuelto o sobreseído, la «inexistencia del hecho»³⁷. En este mismo ámbito hay que recordar que el artículo 121 CE diferencia el error del funcionamiento anormal, configurándolo en consecuencia como un modo incluido en el «normal funcionamiento», tesis que no ha seguido la jurisprudencia³⁸. Y, en fin, la generalización de esta responsabilidad patrimonial del Estado Juez a todos los absueltos o sobreseídos, como regla general, y la «civilización» —LEC— de la condena en costas de la acusación particular y de la popular (criterio del vencimiento moderado) acercaría la legislación y praxis jurisprudencial española a la europea, concretamente a la alemana³⁹, impidiendo la actual querulancia o, si se prefiere, querulomanía derivada de la temeridad impune.

— Descriminalización primaria

La segunda revolución de la Administración de Justicia, en lo atinente al orden jurisdiccional penal, no puede eludir un replanteamiento profundo de la normativa punitiva sustantiva, pues el principio de legalidad de los delitos (art. 25 CE), interpretado por el TC, impone

del principio de vencimiento es absoluta, sin esta excepción, exacerbación que lesiona el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a los recursos (art. 24 CE), por la inhibición del justiciable ante la posible condena en costas, a pesar de ser razonable el recurso en ese *in dubio*.

36 Como resumen de la bibliografía sobre el tema, y en particular de las publicaciones del autor de este trabajo sobre a misma materia, véase «Apariencia y realidad en la responsabilidad patrimonial del Estado Juez (Limitada vigencia del artículo 121 CE)», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 38, 2.º semestre de 2016, pp. 411-431.

37 Art. 294.1 LOPJ. El Pleno del TC se ha planteado una autocuestión de inconstitucionalidad de dicho artículo, a raíz de un recurso de amparo.

38 Ver la nota 35 (la cita incluye la incorrecta jurisprudencia del TS que configura el «error» como una modalidad de «anormal funcionamiento», en vez de cómo una alternativa) y además J.M. SERRANO ALBERCA, «Artículo 121», *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid 1985, pp. 1736 y 1737. O. ALZAGA VILLAMIL, ob. cit., pp. 557-558. E. COBREROS MENDAZONA, «Artículo 121», *Comentarios a la Constitución española*, T. II, Tirant lo Blanc, Valencia 2018, pp. 1705 y ss. L. MARTÍN REBOLLO, «Artículo 121», *Comentario mínimo...* cit., pp. 465-468.

39 El §§ 467 y 467a de la Ley procesal penal alemana —StPO— hace recaer «las costas del proceso y los gastos necesarios del imputado sobre el Estado», padecidos por los absueltos o sobreseídos. También, en la Ley sobre indemnizaciones por medidas de persecución penal —StrEG— de 8 de marzo de 1971.

tácitamente la vigencia del principio *in dubio libertas* y, en consecuencia, la configuración de las leyes penales como *ultima ratio*⁴⁰, y aun cuando este trabajo se centre en los aspectos orgánicos y procesales, es necesaria una escueta referencia a esta cuestión relativa al futuro del CP y a las escasas leyes penales especiales vigentes.

En primer lugar tendría que plantearse el legislador, por supuesto precedido de trabajos de investigación teóricos y prácticos contando con el Derecho comparado, cuál debería ser el sistema normativo sancionador coordinando los ámbitos penal y administrativo, tanto en la fase de elaboración normativa, como la de su aplicación y correspondiente control jurisdiccional.

Cumplida esta premisa tendría que revisarse el catálogo de delitos, con especial empeño en diferenciar con precisión los límites de los injustos civiles y administrativos, cuando se estima necesario complementar su propio sistema de responsabilidad mediante la creación de tipos penales que sobreprotejan esos bienes jurídicos, ya definidos y defendidos extrapenalmente. Para un mejor logro del necesario requisito de marcar claros límites entre los injustos penales y los no penales que se sobreprotegen, habría que replantearse hasta que punto es funcional seguir el «principio de codificación», en detrimento del de «especialidad», es decir, si no sería en no pocos casos más funcional seguir la técnica de incluir los delitos en la ley que regule la correspondiente realidad socioeconómica, al uso italiano y francés, logrando así una mejor sistematización y mayor claridad a la hora de lograr esa diferenciación entre los injustos⁴¹; una solución intermedia entre ambos principios sería la de vincular las reformas de los delitos de esa naturaleza, a la de las leyes ajenas al orden penal, incluyéndose en el mismo proyecto de reforma de esa legislación básica disposiciones adicionales con las reformas de los correspondientes tipos penales.

Por otra parte, desde su entrada en vigor el CP de 1995 en más de treinta ocasiones ha sido reformado y a veces contrarreformado, reformas generalmente poco contrastadas y con una tendencia a exasperar las penas atendiendo, primero el Gobierno y luego el legislador, a criterios «populistas», generando numerosas desproporciones tanto en un planteamiento sistemático como en el análisis de tipos concretos. Una muestra evidente de la precipitación legislativa, la exasperación de las penas y la falta de respeto a la sistemática del CP, ha acompañado la

40 Hoy con Frecuencia *Prima ratio*, como se reitera UT inPra,

41 Los elementos jurídicos normativos de los tipos delictivos y los tipos penales en blanco remiten a otros sectores del ordenamiento jurídico. Por otra parte, la jurisdicción es única aun cuando se diversifique en diversos ordenes —civil, penal, contencioso-administrativo y social, art. 9 LOPJ—, tienen que decir lo mismo sobre los mismos hechos.

introducción en el código de la prisión perpetua revisable que, siendo en sí una pieza necesaria del sistema una vez abolida la pena de muerte (que de haberse introducido en el CP en 1978 se hubiera evitado las precipitadas excarcelaciones de etarras y la aberrante Doctrina Parot que pretendió torpemente evitarlas), no tiene sentido tanto la progresión en grado y los posibles permisos de los condenados a dicha pena antes de su reconversión en pena privativa de libertad temporal, como su convivencia con penas temporales tan largas como las prisiones de treinta o cuarenta años, que tendrían que haberse derogado al tiempo que se introducía en el catálogo de penas la perpetua revisable como la pretendidamente más grave, pues puede terminar siendo más beneficiosa para el reo esta prisión perpetua que la aludidas penas largas pero temporales también privativas de libertad.

Y, en fin, reinstaurar el principio de *ultima ratio* que corresponde al Derecho penal, para que deje de ser la *prima ratio* en la actividad legislativa ante la necesidad de solucionar conflictos sociales, evitando el fácil recurso de «huir hacia el Derecho penal» para fingir rotundidad en la resolución de los problemas, olvidando que no pocas veces, en aseveración que se le atribuye a Welzel, el Derecho penal «tiene guantes de madera» y conflicto que intenta «acariciar» lo exaspera en vez de solucionarlo.

- Erradicación de la criminalización secundaria: las prejudicialidades en el orden jurisdiccional penal

Pero no basta con que el legislador proceda a descriminalizar conductas para que el ciudadano tenga la seguridad jurídica de no ser imputados a consecuencia de hechos que resulten impunes, tras la instrucción o el enjuiciamiento, pues a la existencia de tipos penales claros y estrictos debe seguir la actitud de abogados, fiscales y jueces que eviten impulsar procedimientos penales sin fundamento, fomentando lo que se denomina «criminalización secundaria», que es la operada en el ámbito de la aplicación de las leyes penales traicionando el principio de legalidad de los delitos.

Todo lo manifestado relativo a los instrumentos neutralizadores de la litigiosidad temeraria —querulancia o querulomanía— incidiría en la evitación de este fenómeno, pero hay un factor más a tener en cuenta que es la problemática ya citada de las llamadas «cuestiones prejudiciales», fenómeno agravado, en primer lugar, por la expansión del Derecho penal especialmente el adjetivado económico, empresarial o de los negocios, que en aparente paradoja ha convertido al Código penal en una «realidad invadida» como réplica a su actividad «invasora» de otros sectores del ordenamiento jurídico, en cuanto que los tipos penales resultan conformados con «elementos jurídico normativos» procedentes de los órdenes civil, mercantil,

administrativo, laboral, etc., hasta el extremo de adoptar la figura de los «tipos o leyes en blanco», que son aquellas que se remiten expresa o tácitamente a normas no penales para configurar el ámbito de la conducta típica.

Pero existe un segundo factor que ha venido a complicar la resolución de estas cuestiones prejudiciales, y es la promulgación y posterior interpretación del artículo 10 LOPJ que se refiere a esta materia, siendo casi unánime la doctrina jurisprudencial de que la precepto ha derogado las llamadas cuestiones prejudiciales «absolutas» —art. 4 LECr— o, lo que es lo mismo, «suspensivas y devolutivas», convirtiendo todas ellas en «incidentales» o «no suspensivas», lo que significa que tales cuestiones no paralizarán el procedimiento penal aun cuando tengan por objeto los mismos hechos que los procesos de otros órdenes jurisdiccionales, habiendo resuelto la posible discrepancia de una y otra resolución, dando preferencia final a la sentencia dictada por el orden jurisdiccional que le era propio (art. 9 LOPJ), permitiendo desde la reforma de la LECr de 2015 la revisión de la sentencia penal en el recurso extraordinario del mismo nombre⁴² para dar solución a las exigencias de la unidad de jurisdicción.

Pues bien, para la evitación de estos posibles errores judiciales del orden jurisdiccional penal, al aplicar leyes ajenas a su jurisdicción, caben diversas soluciones alternativas o acumulativas entre las que se pueden incluir las siguientes: generalizar las leyes penales especiales incluidas en las leyes reguladoras de las materias extrapenales y en todo caso que las leyes penales sean claras y taxativas, creación de órganos jurisdiccionales especializados en Derecho penal económico, rehabilitación de las cuestiones prejudiciales suspensivas y devolutivas, superación del principio inquisitivo atribuyendo la función instructora al Ministerio con la consiguiente unificación de criterios, generalización de la condena en costas y, en fin, ampliación de la responsabilidad patrimonial del Estado Juez por error judicial.

— Una razonable jerarquía de fuentes

Un fiscal y ahora magistrado de la Sala 2.^a TS cuenta como anécdota la experiencia que le trasladó un veterano fiscal nada más superar la oposición: «En el Derecho procesal penal la primera fuente es la costumbre, la segunda la jurisprudencia y, en tercer lugar, la ley siempre que no se oponga a la costumbre y a la jurisprudencia», es decir, una perfecta inversión de la jerarquía de fuentes declarada en el Título preliminar del CC. Se trata de una caricatura que, por lo tanto, tiene *fundamentum in re* aun cuando se exageren los rasgos, y esta es la

42 Art. 954.1-c) LECr, tras la reforma introducida por la L 41/2015 de 5 de octubre.

experiencia de los abogados cuando tienen que plantear una pretensión no rutinaria ante un órgano jurisdiccional, pues lo prudente es acudir al oficial y preguntarle: «¿Cuál es la costumbre de este juzgado en lo atinente a...?».

Paradigma de esta realidad, aun cuando en este caso se trate de una costumbre generalizada, es la declaración de los acusados como primer medio de prueba en los actos de juicio oral, cuando tal costumbre inveterada no figura en la LECr, y no es otra cosa que una inercia inquisitiva de cuando la confesión era la prueba reina. En las dos propuestas de nueva Ley procesal penal tal «prueba» se articula como la última a practicar en el acto del juicio oral, sólo si la pide la defensa del acusado, único diseño acorde con los derechos fundamentales de defensa y a la presunción de inocencia⁴³.

Es pues deseable que la futura Ley de enjuiciamiento penal regule estos y todos los demás aspectos procesales, sin dejar que la costumbre supla lagunas esenciales por afectar a derechos fundamentales de los justiciables. Al margen de esta exigencia al legislador, lo cierto es que, si en el futuro es el Ministerio fiscal asume las funciones instructorias, la unidad de criterio en todo el territorio nacional evitará la actual fragmentación de «costumbres», al menos en esta primera fase procesal, dado el principio de unidad de criterio que preside el funcionamiento de la Fiscalía⁴⁴, mediante consultas, instrucciones y circulares.

— Y finalmente una reforma constitucional del tiempo máximo de detención

Por último, y para homologar la vigente CE con casi todas las constituciones históricas que se han pronunciado sobre el particular (salvo la de 1931 y el Fuero de los Españoles, que son los únicos precedentes del artículo 17.2 CE en la fijación del tope máximo de la detención policial en las setenta y dos horas), reducir dicho tope a veinticuatro horas⁴⁵, y que es también la duración más frecuente en el Derecho comparado, salvo algún supuesto como el italiano que se extiende hasta las cuarenta y ocho horas. Precisamente esta constante histórica del siglo XIX es la que explica que el artículo 496 LECr, que no se ha modificado desde el nacimiento de la ley en 1882, siga obligando a los particulares, autoridades o agentes de la policía judicial que detuvieren a una persona, a «ponerla en libertad o entregarla al juez más

43 Arts. 567 y ss del Anteproyecto de Ley de enjuiciamiento criminal del entonces, Ministro de Justicia Sr. Caamaño, diciembre 2014, y la Propuesta de Código procesal penal de la comisión nombrada por el también exministro Sr. Ruiz Gallardón, febrero 2013, comisión de la que formó parte el autor de este trabajo.

44 Art. 2 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, Ley 50/1981, de 30 de diciembre.

45 Constituciones de 1812 —art. 290—, de 1869 —art. 3—, de 1876 —art. 4— y de 1931 —art. 29—. No se han pronunciado sobre el plazo las de 1837 y 1845.

próximo al lugar en el que hubiera hecho la detención dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma».

III. VICIOS SOBREVENIDOS

Con posterioridad a la entrada en vigor de la CE, y al margen de lo incumplido por la legislación y jurisprudencia a partir de ese momento, han sobrevenido diversos «vicios» en las resoluciones judiciales contrarios a las normas constitucionales, «vicios» que han nacido de la patología social definida en el concepto, más o menos indeterminado, que expresa el término complejo «populismo judicial», realidad que genera errores lógicos en dichas resoluciones, que modernamente se denominan «sesgos cognitivos» y desde los tiempos de los filósofos griegos «sofismas», si bien los sesgos cognitivos tienen una vertiente también psicológica y, cuando se predicen de los autos y sentencias, además se aglutinan elementos deontológicos e incluso jurídicos procesales y constitucionales.

Hay que aclarar, *a limine*, que no es necesaria ni exclusiva la relación entre el populismo y los sesgos cognitivos o sofismas en las resoluciones judiciales que los padecen, pues tales vicios pueden devenir de la ignorancia o de la negligencia y no de un propósito de dar cobertura al populismo escondido tras un auto o sentencia, aun cuando todos estos supuestos merezcan reproche.

Y, en fin, la necesidad constitucional de ajustar a la ley las resoluciones judiciales y de motivarlas adecuadamente, conforme a la lógica jurídica, deviene no sólo de la referencia expresa a la motivación de las sentencias del artículo 120.3 CE, sino también y sobre todo de los derechos fundamentales contenidos en el artículo 24 complementado por el 9.2 y 3 (efectividad y realidad de la vigencia de los derechos fundamentales e interdicción de la arbitrariedad), concretamente de los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión, del derecho de defensa y del derecho a los recursos y a un proceso con todas las garantías obviando la arbitrariedad⁴⁶. La ausencia de motivación o la motivación errada pueden ser instrumentos para encubrir la arbitrariedad que, de modo consciente o inconsciente⁴⁷, puede derivarse del propósito de dictar una resolución más dirigida *ad plausum populi* que al estricto cumplimiento de la legalidad.

⁴⁶ J.M. SERRANO ALBERCA, «Artículo 24.1» y «Artículo 24.2», *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid 1985, pp. 453 y ss. A. GONZÁLEZ ALONSO, «Artículo 24.1», y A.M. OVEJERO PUENTE, «Artículo 24.2», *Comentario a la Constitución española*, T. I, Tirant lo Blanc, Valencia 2028, pp531 y ss.

⁴⁷ Sobre esta materia pueden verse dos antiguos artículos del autor de estas páginas: «La verdad y las verdades en el proceso penal: ¿hacia una justicia «dependiente» de los medios de comunicación?», *La Ley*, n.º 5, 2002, pp. 1506-1512. «Justicia penal y medios de comunicación», *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Vol. 2, 2004, pp. 1415-1432.

Tras denunciar la «jivarización del recurso de amparo» y analizar brevemente el concepto de populismo judicial, se aludirá a tres resoluciones judiciales, algunas ya censuradas por el TEDH y otras pendientes de la censura del TC, respecto a los cuales se irán describiendo algunos «sesgos cognitivos», dichos ejemplos son: la Doctrina Parot, el Caso Falciani y el Caso de La Manada, pero *ab initio* hay que aclarar que, al menos en los dos primeros supuestos tomados como muestra, aun cuando coincidan con el *plausus populi* en sus conclusiones, late tras ellas el sano ánimo de «justicia material» que suele acompañar a las resoluciones judiciales y, al menos en tales casos concretos de la Sala 2.^a del TS, no se evidencia una segunda intención populista, sino más bien la pura coincidencia y aplicación del principio de «conservación de las resoluciones judiciales», pues se trata de un tribunal que, por ser la cúspide de la pirámide del orden jurisdiccional penal, tiene una acreditada independencia y sus miembros un nivel jurídico indubitado.

1. La «jivarización» del recurso de amparo

El recurso de amparo previsto en la CE (art. 161.1-b), como competencia del TC, es una respuesta a la «violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de la Constitución», pero «en los casos y formas que la ley establezca». La LO 2/1979 de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, ha sido sucesivamente modificada por las leyes orgánicas 6/1998, 7/1999, 1/2000, 12/2015 y, por lo que afecta al recurso de amparo, por la 6/2007 de 24 de mayo que redujo notablemente el carácter del TC como tribunal de amparo, mutándose prevalentemente dicho recurso en una modalidad más de declaración de inconstitucionalidad.

Esta regresión, en el sometimiento de la Administración de Justicia a la Constitución, vino motivada por la acumulación de demandas de amparo en tramitación, aun cuando cada vez se fuera estrechando más el trámite de admisión, acumulación vinculada tanto a la denunciada querulancia temeraria como al anormal, aconstitucional o anticonstitucional funcionamiento de los juzgados y tribunales, dando la impresión de que el TC «tiraba la toalla» al no considerarse responsable de la profunda reforma que la Justicia española necesitaba.

La reforma de los artículos 41 y siguientes de la ley del Tribunal Constitucional, introduciendo el concepto indeterminado de la «especial trascendencia constitucional» (art. 50.1-b) y el acuerdo de «la inadmisión mediante providencia, contra la cual no cabrá recurso alguno» (art. 50.4) han reducido enormemente el amparo real y efectivo que venía ofreciendo el TC, realidad sobrevenida tras casi tres décadas en la entrada en vigor de la Constitución y que debe destacarse como regresión, justificada o no, en la vigencia efectiva y real de los derechos y libertades vinculados a la Administración de Justicia.

2. El llamado «populismo judicial»

El concepto de «populismo» es indeterminado, aun cuando existe ya abundante literatura sobre la materia⁴⁸, pero en definitiva viene a significar un fenómeno sociopolítico consistente en escuchar y alimentar las expectativas de una amplísima mayoría social poco crítica, generalmente sensibilizada en pro o en contra de determinadas conductas, que aplauden o censuran actuaciones públicas en función de ese estado de opinión, al margen tanto de la realidad o falsedad de los hechos y de sus circunstancias, cuanto de la viabilidad jurídica o económica que tales realidades puedan merecer. En definitiva, y como se viene resumiendo en una frase, consiste en «ofrecer soluciones simples para problemas complejos».

En el presente contexto se predica este término —populismo— de ciertas resoluciones judiciales —autos y sentencias— que, contaminadas por ese «clamor» de la opinión pública, se dictan en el sentido esperado por ese ambiente popular, conculcando los deberes impuesto por la lógica jurídica —procesal y sustantiva—, por la psicología cognitiva y por la normas deontológicas —éticas— del o de los operadores jurídicos directos —jueces— o indirectos —partes procesales con sus escritos formulando la pretensión atendida—. Recuérdese en este nuevo apartado lo ya manifestado respecto al secreto de la instrucción *ut supra*, concretamente en lo atinente a las «filtraciones interesadas» de los operadores jurisdiccionales, y de modo particular de las procedentes de la policía judicial (UDYCO, UDEF o UCO).

Como ejemplos ilustrativos pueden tenerse en cuenta lo acaecido respecto a las sentencias dictadas en los conocidos como «La Manada» o en las operaciones policiales, luego judicializadas, tales como las denominadas «Malaya», «Ballena Blanca», «Gürtel», «Lezo», «Pokemón», «Púnica», «Enredadera», «Taula», etc. y de un modo más genérico no pocos autos y sentencias en materia de violencia de género.

a) *Las resoluciones judiciales*

Parta tratar esta materia hay que partir del veto a la arbitrariedad en las resoluciones judiciales, prohibición que impone una correcta motivación —fundamentación— de todos los autos y sentencias, sometiendo sus argumentaciones a la lógica jurídica, para que el «fallo» o conclusión sea conforme a Derecho, es decir, fiel cumplidora de la correcta aplicación de las normas procesales y sustantivas concurrentes, lo que supone racionalidad en la argumentación y congruencia de la

48 Como muestra: G. ARIÑO ORTIZ, *Populismo y democracia: La izquierda populista en España*, Vol. 1 y 2, Paperback, 2016 y 1017. J.L. VILLACAÑAS BERLANGA, *Populismo*, La Huerta Grande, 2015. J.M. LASALLE, *Contra el populismo*, Debate, 2017. G. ALVAREZ, *El engaño populista. Por qué se arruinan nuestros países y como rescatarlos*, Planeta, 2016.

misma con la conclusión a la que llega la parte resolutoria o conclusiva del auto o sentencia. La lógica jurídica es obviamente más exigente que la lógica sin adjetivar —lógica general—, pues a las reglas comunes al arte de razonar se suman las derivadas de las normas procesales y sustantivas previstas en la Constitución, las leyes ordinarias y la jurisprudencia correspondiente, tanto de los tribunales nacionales como de los internacionales (art. 10.2 CE).

Cuando la argumentación no es correcta o completa —incorrecta por acción u omisión— o la conclusión carece de congruencia con dicha argumentación —conclusión infundada—, el requisito de la motivación racional no se cumple y procede la impugnación y revocación de la resolución, seguidas del dictado de otra nueva que enmienda el error cometido. Estos errores judiciales, al ser remediabiles en principio mediante recursos ordinarios o extraordinarios, no pueden equipararse al propiamente denominado como tal en los artículos 121 CE y 292 y ss LOPJ, errores judiciales que, por cierto, han sido pervertidos y reducidos «ilógicamente» (con perversa argumentación) a la mínima expresión en su configuración jurisprudencial, dejando indefensos a multitud de perjudicados por el normal funcionamiento de la justicia (errar, equivocarse es de sabios, es normal)⁴⁹.

Pues bien, en esta parte final del trabajo se pretende denunciar los errores comisivos y omisivos que afectan a las resoluciones judiciales, tanto desde un punto de vista filosófico —lógico—, como psicológico —juicios heurísticos y sesgos cognitivos—⁵⁰, y ético —vicios y virtudes subyacentes—, si bien de un modo enunciativo por requerir su análisis al menos una monografía. Tales errores judiciales pueden estar inducidos por escritos o alegaciones orales de la parte contraria, por lo que son también censurables como actos preparatorios de las posteriores argumentaciones viciadas de los juzgadores.

Para esta fusión de los aspectos lógico-filosóficos, psicológicos y éticos de los errores en la argumentación judicial, habría que partir de Aristóteles⁵¹, por ser el más representativo de los primeros filósofos en el tratamiento de la lógica y de la ética, para llegar a KAHNEMAN⁵² por serlo a su vez de los psicólogos que más han avanzado en la detección y definición de los llamados «sesgos cognitivos» —excesos intuitivos generadores de error— que son desviaciones de la auténtica «heurística» —arte de investigar— pervertida en el arte de «inventar» en el mal sentido de la palabra, como sinónimo de «sofisma», en su acepción de argumentación falaz por aparentar un razonamiento verdadero en sus premisas o en su conclusión. Y de modo inevitable, al analizar el sustrato psicológico —combinación

49 Ver apartado II.5.C.ba y notas correspondientes.

50 No se agota toda la dimensión psicológica de estos comportamientos, dado el objeto formal de este trabajo, aun cuando la psicología profunda y el psicoanálisis podrían aportar las últimas causas de estos errores.

51 *Tratados de lógica (El Organón)*, Ed. Purrua, Ciudad de México, 1993.

52 Baste con la referencia a su obra *Pensar rápido, pensar despacio*, Ed. Debate, Barcelona 2012. Y como referencias de su progresiva implantación en la ciencia y praxis jurídica: A. MUÑOZ ARANGUREN, «La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones judiciales: el factor humano. Una aproximación».

de razones y emociones— de los errores argumentales, resultarán afectadas facetas éticas, pues al tener que ver dichos errores con pasiones e intereses humanos, unos «buenos» —virtuosos— y otros «malos» —viciosos—, resultará clarificador este complemento para el pronóstico, diagnóstico y tratamiento de las falacias en las argumentaciones forenses.

b) *La ley como única referencia*

El artículo 117.1 CE exige a los jueces y magistrados que sólo se sometan a la ley, en el cumplimiento de su función de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgados». Ello significa que deben ser independientes e imparciales, obligados a abstenerse (o ser recusados) si incurrn en algunas de las causas descritas en las leyes⁵³, al margen de que existan además otros preceptos que garantizan esa independencia e imparcialidad⁵⁴. En el orden jurisdiccional penal concurren los límites de la interpretación de la ley punitiva que, por imperativo del principio de legalidad de los delitos y de las penas (arts. 9.3 y 25 CE, y 1 a 4 CP), debe ser estricta dentro de la literalidad del precepto penal y, en la duda, aplicar los principios *in dubio pro reo*, *in dubio libertas*, *favorabilia sunt amplianda odiosa sunt restringenda*.

En este contexto es evidente que los juzgados y tribunales, al juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, tienen que esforzarse por no dejarse llevar, de modo consciente o inconsciente, por presiones externas o internas (aun cuando sea difícil, pero no imposible, que el juez «sea independiente de sí mismo»: convicciones, circunstancias sociales y económicas, etc.), ajustándose estricta y exclusivamente a la ley, al margen de la opinión pública o publicada, de la popularidad o impopularidad de su futura resolución, sin caer en consecuencia en perversiones como la contenida en el aforismo *in dubio contra opulentibus*⁵⁵.

c) *Correcto significado del criterio interpretativo «de la realidad social»*

El artículo 3.1 CC dispone: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y

53 Artículos 52 a 71 LECr y 217 y 228 LOPJ.

54 En la LOPJ, desde las causas de nulidad de las resoluciones judiciales (art. 238-2.º), hasta las faltas disciplinarias mu graves y graves (arts. 417-6 y 418-2), pasando por las incompatibilidades y prohibiciones (arts. 389 a 397), *In Dret*, Barcelona, abril 2011; y «Los sesgos cognitivos y el Derecho: el influjo de lo irracional», *Notario del siglo XXI*, n.º 83, enero-febrero 2019. P.I. DE LAROSA RODRIGUEZ y V.D. SANDOVAL NAVARRO, «Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial. Aportes de la psicología jurídica a los procesos penales de corte acusatorio», *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 10, enero-junio 2016, pp. 141-164.

55 Sobre el contenido de este aforismo puede verse en: «¿In dubio pro reo aut in dubio contra opulentibus? (comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero sobre la prueba ilícita)», *La Ley*, 2017, n.º 8974.

legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas». La referencia a «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» podría interpretarse en el sentido de forzar la letra de la ley para remediar algunos problemas sociales no contemplados en ella, y en tal sentido debe interpretarse correctamente la alusión a la analogía en el artículo 4 CC como fuente del Derecho, que además de la interdicción dimanante de los preceptos que consagran el principio de legalidad de los delitos de y de las penas antes reseñados, el mismo artículo 4 CC, en su apartado 2, también lo impide al disponer que «Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas». Es pues inviable y contrario a los mencionados principios de legalidad y criterios interpretativos conexos, acudir por ejemplo a la aplicación del Derecho natural, en sustitución del positivo o de lagunas en el mismo, o a recursos como el ya caducado «uso alternativo del Derecho»⁵⁶, aun cuando sea con intenciones de justicia material.

d) *Retorno al Derecho penal y procesal de autor*

La degeneración lógico jurídica de las resoluciones y actuaciones judiciales luego analizada, inducida por el protagonismo instructor de las unidades de la policía judicial generador de los llamados «informes de inteligencia»⁵⁷, sumados a las presiones mediáticas y populistas, sobre todo en las llamadas «macrocausas» ha «resucitado» el teóricamente desterrado «Derecho penal de autor», antítesis del constitucional y también en gran parte vigente «Derecho penal del hecho», pues no se juzga a una persona por su perfil criminal sino por actos —acciones u omisiones— concretos tipificados como delitos en la leyes penales.

El denominado Derecho penal de autor se remonta al siglo XIX, a la llamada Escuela positiva italiana⁵⁸ de la que fueron los principales representantes Lombroso, Garófalo y Ferri, y que propiciaron un Derecho penal preventivo, dirigido a evitar que, personas con un «perfil de delincuente» por incurrir en alguno de

⁵⁶ Como muestra: M. DE LOURDES SOUZA, «Del uso alternativo del Derecho al garantismo: una evolución paradójica», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1998, pp. 233y ss.

⁵⁷ Se trata informes policiales que no se limitan a enumerar hechos o declaraciones de detenidos (no son un atestado), sino que se emiten opiniones y conclusiones fundadas en sospechas e incluso se procede a efectuar calificaciones jurídicas, a proponer diligencias de investigación y medidas cautelares personales, etc. etc. En ocasiones se llama a sus autores a declarar en el acto del juicio oral, configurando dichos informes como una especie de pseudopericia. Con demasiada frecuencia las conclusiones o hipótesis de imputación no están probadas y terminan mereciendo la absolución en sentencia de los imputados.

⁵⁸ L. JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho penal*, T. II, Losada, Buenos Aires 1950, pp. 60 y ss.; y *El nuevo Derecho penal*, Ed. Paez, Madrid 1929, especialmente pp. 101 y ss, en las que aboga por un «Derecho penal del porvenir» que conciliaría el Código penal —represivo, con penas basadas en la culpabilidad— y la que luego fue la Ley de Vagos y Maleantes (de Peligrosidad y rehabilitación social en tiempos de Franco), preventiva, con medidas de seguridad predelictuales, incompatible con la CE y el Derecho penal vigente.

los supuestos de la llamada «peligrosidad social o criminal», llegaran a delinquir, utilizando como instrumento de tal prevención las llamadas «medidas de seguridad predelictuales». Este Derecho penal «precriminal» tuvo su repercusión en la legislación española, primero en la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933 y después La ley de peligrosidad y rehabilitación social 16/1970 de 4 de agosto, derogada con la llegada de la democracia, considerando inconstitucional que se impusieran medidas de seguridad predelictuales, cuya naturaleza material era idéntica a la de algunas penas, derogación impuesta por el principio de legalidad punitiva (art. 25 CE).

Pero el Derecho penal de autor tuvo también un nuevo impulso con la llamada Escuela de Kiel, en tiempos del III Reich, y con Carl Schmitt⁵⁹ y su teoría del «orden concreto». Esta escuela, también denominada «fenomenológica, intuitiva o irracional», apoyando «el buen derecho de la revolución alemana», rechazaba las concepciones jurídicas liberales, el normativismo y el Estado burgués de Derecho, incluyendo el principio de legalidad de los delitos y de las penas, y criminalizando a personas con ciertos perfiles más que a hechos.

Pues bien, la confluencia del populismo judicial con el protagonismo policial en la instrucción usurpando las competencias del Ministerio fiscal y del juez instructor, potenciados por las filtraciones a los medios de comunicación sin respetar el secreto del sumario ni la verdad en su integridad, especialmente en las llamadas macrocausas, ha provocado una peligrosísima deriva hacia el Derecho penal de autor, tanto en el ámbito procesal como en el sustantivo, quebrantando los principios de legalidad procedimental —prueba— y sustantivo —delitos—.

En el ámbito procesal este Derecho penal de autor consiste en intentar sustituir la falta de prueba, relativa a los hechos objeto de imputación/acusación, por dibujar un perfil de delincuente del investigado/acusado, aludiendo a otros hechos anteriores, coetáneos o posteriores que o bien están tergiversados, o estando probados no son delictivos, o siéndolos ya han sido juzgados o prescritos. Estos fraudes procesales, conculcadores del derecho a la presunción de inocencia, se instrumentalizan a través de los llamados «informes de inteligencia» que elaboran las unidades policiales que se aportan a la instrucción, se suelen utilizar para la adopción de medidas cautelares reales e incluso personales —prisión, incluso—, luego se reiteran al responder a las preguntas de las partes en el acto del juicio oral y, finalmente, los acusadores en sus informes intentan utilizar el contenido de tales pseudopruebas como fundamento de sus pretensiones condenatorias. En ocasiones, estos fraudes procesales llegan incluso a inducir a error al órgano enjuiciante, condenando a quienes no deberían ser condenados, pero la mayoría de las veces el tribunal no incurre en el error, a pesar de que se haya intentado lo contrario por las acusaciones utilizando sesgos cognitivos, sofismas,

59 L. JIMÉNEZ DE ASUA, *Ob. cit.*, pp. 188-189. C. JIMÉNEZ SEGADO, «Carl Schmitt y las ideas penales de la Escuela de Kiel», *Anuario de Derecho penal y de Ciencias penales*, LXII, 2009, pp. 451 y ss.

luego mencionados, y esto fue lo que ocurrió por ejemplo en el Caso Malaya, que de noventa y cinco acusados fueron absueltos cincuenta en la instancia y, en casación, se sumaron seis absoluciones más.

La incidencia de esta emergencia del Derecho penal de autor en el ámbito la interpretación y aplicación de las normas penales sustantivas, tanto de la parte general como de la parte especial del CP, tiene que ver con la interpretación extensiva de los tipos penales y restrictiva de las circunstancias atenuantes y de preceptos favorables al acusado, incluso en la tesitura de ejecutar o no ejecutar la pena en supuestos de condena (Caso de La Pantoja). Concretando estas consecuencias en los casos que se han anunciado como muestra, en el primero de ellos, la Doctrina Parot⁶⁰, se configuró un marco interpretativo de la duración efectiva de las penas privativas de libertad, impuesta por graves delitos de atentando con resultado de muertes, computando el plazo efectivo de cumplimiento de un modo distinto a como se venía haciendo para los hechos análogos cometidos con anterioridad al CP de 1995; el problema arranca de la imprevisión del legislador de la transición que, tras la abolición de la pena de muerte *ope Constitutionis* (art. 15), no introdujo de inmediato otra pena máxima que tendría que haber sido una prisión permanente revisable menos absurda que la actual⁶¹, convirtiéndose en la pena más grave la de prisión —reclusión mayor— de 20 años y un día a 30 años, que por obra y gracia de la llamada «redención de penas por el trabajo» se reducía en la realidad a 20, lo que permitió que Parot, y luego otros etarras, pidieran la extinción de su pena al cumplirse dicho plazo, denegándosele la extinción mutando el criterio interpretativo *contra reo* del art. 70-2.^a CP de 1973 alegando que, cuando los hechos hubieran acaecido antes de la entrada en vigor del CP de 1995 que preveía en estos casos extenderse hasta los 25 o 30 años de prisión efectiva⁶², había que llegar a la misma conclusión al estimar que la aplicación del límite al concurso real de delitos (suma de las penas de cada delito concurrente hasta el límite del triple de la pena correspondiente al delito más grave, y

60 El problema empezó en la Sección 1.^a de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional, cuando el auto de 26 de abril de 2005 cambió la interpretación de los límites de la duración de las condenas por penas privativas libertad, en supuestos de concursos reales en atentados terroristas con resultado muerte (art. 70-2.^a CP 1973), auto que sometido a recurso de casación fue parcialmente confirmado con tres votos particulares por S 97/2006 de 28 de febrero y posteriormente el TC, S 57/2008 de 28 de mayo, confirmó la doctrina, que fue rechazada en primera instancia por la Sec. 3.^a TEDH en S de 10 de julio de 2012 y, tras recurrir España, por la S de 21 de octubre de 2013 de la Gran Sala.

61 La configuración de la prisión perpetua revisable en la reforma de 2015 del CP (arts. 36 y 92), es incongruente, en primer lugar, con la coexistencia de penas privativas de libertad de hasta 30 o 40 años (art. 76 CP) en principio más gravosas para el reo que la propia prisión permanente, y en segundo término al fijar el plazo de revisión de la perpetuidad en 25 años (en Finlandia es a los 8, en Alemania a los 15 y en otros países a los 18), pero permitiendo que con anterioridad que el penado pueda gozar de permisos transcurridos 12 u 8 años, según la naturaleza de los delitos cometidos (art. 36 CP), e incluso ser clasificado en el tercer grado a partir del cumplimiento de los 20 o 15 años, dándose la paradoja de que el condenado a prisión permanente goce de libertad antes de convertirse en temporal la pena perpetua, es de suponer que con gran consternación de la sociedad y, sobre todo, de las víctimas de los precedentes delitos.

62 Arts. 74 y 76 CP 1995.

que en ningún caso supere los 30 años —20 reales—, art. 70-2.^a CP 1973) no operaba sobre el resultado matemático de tal modulación de las penas de los recursos reales o materiales de delitos, sino sobre cada uno de los delitos concurrentes. Tal doctrina, formulada con numerosos votos particulares tanto en el TS como en el TC, finalmente fue considerada por la Gran Sala del TEDH, en la S de 21 de octubre de 2013, contraria a lo dispuesto en los artículos 7 y 5.1 CEDH, por conculcar tanto el principio de legalidad de las penas como del derecho a la libertad. Sin duda la finalmente invalidada Doctrina Parot vió la luz por razones de justicia material, para evitar además un justificado *escandalus populi* y, en fin, para encubrir la torpeza del legislador penal desde 1978 hasta 1995, al no haber introducido una nueva pena máxima en el CP que sustituyera a la abolida pena de muerte.

Pues bien, esta bien intencionada argumentación de los tribunales españoles, sofisticada o cayendo en sesgo cognitivo al traicionar la lógica material y la formal mediante una interpretación extensiva o analógica, palmariamente contraria al principio de legalidad de la pena y al derecho fundamental a la libertad personal, constituye lo que se ha denominado un «sesgo de anclaje», en el sentido de verse avocados los tribunales a evitar una injusticia material muy grave, que va a provocar un ruidoso *escandalus populi*, especialmente entre las víctimas, llegando intuitivamente a la conclusión a la que debería ajustarse la argumentación a esa conclusión y no a la inversa.

Otro ejemplo es el Caso Falciani, si bien se trata bien de la STS 116/2017 de 23 de febrero relativa a un delito fiscal cuya prueba emanaba de la famosa «Lista Falciani»⁶³, cuya licitud como prueba se cuestionaba al haberse obtenido violentando el derecho fundamental a la intimidad, pero en contra de los precedentes criterios se consideró que la consecución de dicha lista —prueba de cargo— no había violentado dicho derecho fundamental por no tener como intención la posterior denuncia y, sobre todo, no ser funcionario público el infractor. Tal resolución, sin duda fundada en la justicia material de castigar como se merecía unos delitos fiscales que «clamaban al cielo», en concurso con el *escandalus populi* que supondría su absolución, provocó que de nuevo se quebrantara la lógica formal y la material o jurídica, incurriendo en otro «sesgo cognitivo de anclaje» en una conclusión predeterminada, pues la ilicitud de la prueba por quebrantamiento de derechos fundamentales, regulada en anteriores sentencias y sobre todo en el artículo 11.1 LOPJ⁶⁴, que no recoge esas «excepciones», supone «distinguir donde la ley no distingue», distinción contraria a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías. Este caso está *sub iudice* en un recurso de amparo ante el TC, cuya competencia a abogado para sí su Pleno.

63 Sobre esta sentencia puede verse: L. RODRIGUEZ RAMOS, «*In dubio pro reo aut in dubio contra opulentibus?* (Comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero sobre la prueba ilícita)», *Diario La Ley*, n.º 8974, 2017.

64 «No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

Y finalmente el Caso de La Manada, pendiente de recurso de casación, cuyas sentencias precedentes fueron condenatorias, la primera por abusos sexuales con un voto particular partidario de la absolucón y la segunda por el mismo concepto con un voto particular favorable a la calificaci3n como agresión —violaci3n—. La reacci3n de la sociedad feminista fue tumultuosa y agresiva contra el tribunal de instancia, sin haber analizado las sentencias ni tener cultura jurídicu penal, salvo algunas manifestaciones muy desafortunadas al respecto de «ilustrados». El asunto est3 *sub iudice* y se verá lo que ocurre, pero en principio cabe sospechar que la independencia e imparcialidad de los juzgadores estuvieron perturbadas y, consciente o inconscientemente, pudieron doblegarse en todo o parte a dicha perturbaci3n. Este último ejemplo se trae a colaci3n como expresi3n de lo que podría ser un caso paradigmático de justicia populista.

2. Los consiguientes «sesgos cognitivos» en la pseudomotivaci3n de las resoluciones

Una sentencia, un auto o un escrito de las partes planteando pretensiones ante un 3rgano jurisdiccional, declarar3n o pretender3n una conclusi3n injusta si incurren en esenciales errores argumentales, errores que pueden recaer bien en la antecedente declaraci3n fáctica, bien en la fundamentaci3n jurídicu continente de las segundas premisas de la conclusi3n, bien en fin en la conclusi3n incongruente con dichas premisas. Adem3s, tales soportes generar3n un juicio de desvalor en los tres frentes concurrentes afectados por esa ilegalidad e injusticia, que son: el l3gico, el psicol3gico y el éticu, a modo de tres vertientes o caras de un tetraedro, asentadas en la base de su injusticia, base sobre la que reposan las tres caras configuradas por cada una de las infracciones que se suma a la b3sica resoluci3n judicial injusta.

No hay espacio en este artícuo para desarrollar este aspecto tan relevante, sobre el que el autor de estas líneas est3 preparando una monografía. La ausencia de motivaci3n en las resoluciones judiciales, la motivaci3n viciada por errores y, en fin, los escritos de las partes con pretensiones que sean actos preparatorios de provocaci3n de tales irregularidades, adem3s de vicios l3gicos constituyen tambi3n vicios deontol3gicos imputables a jueces, fiscales o abogados⁶⁵, que deben evitarse y, si se actualizan, remediarse mediante los oportunos recursos o, en

65 1. Respecto a los jueces y magistrados lo que existe al respecto es: Texto final acordado en la sesi3n celebrada el día 16 de diciembre de 2016, por el Grupo de Trabajo para la elaboraci3n de un C3digo éticu para la Carrera Judicial, titulado «Principios de ética judicial», y artículos 414 a 427 LOPJ reguladores de su r3gimen disciplinario. 2. En cuanto a los fiscales: Promesa de un futuro C3digo éticu del Ministerio fiscal y como adelanto el «C3digo éticu» de M.P. ALVAREZ MENÉNDEZ, y artículos 60 a 70 EOMF, reguladores de su r3gimen disciplinario. 3. Y en lo atinente a los abogados: Los C3digos Deontol3gicos de la Abogacía Española y de los abogados de la Uni3n Europea) y artículos 83 a 93 EGAE reguladores de su R3gimen disciplinario.

último término, exigiendo al Estado Juez la correspondiente responsabilidad patrimonial por error judicial o anormal funcionamiento y, en su caso, la responsabilidad penal y/o disciplinaria aplicable a jueces y fiscales; si los infractores fueran los abogados, la codena en costas por temeridad y/o mala fe e igualmente la responsabilidad disciplinaria, penal y/o civil.

IV. CONCLUSIONES

Resumiendo todo lo expuesto, se emiten las siguientes conclusiones:

La revolución de 1868, que generó la primera reforma radical de la Administración de Justicia española ajustándola a los principios liberales, lo fue en el contexto social de un país agrícola, rural, escasamente industrializado, con un alto porcentaje de analfabetos, lentos medios de comunicación, etc. etc. A pesar del cambio social y económico de España, así como del marco jurídico-político al promulgarse en 1978 la CE vigente, la Administración de Justicia sigue hundiéndose sus raíces en la mencionada primera revolución, estando pendientes profundas reformas orgánicas, procesales y procedimentales también en el orden jurisdiccional penal.

El CGPJ requiere reformas relativas a su composición, privando a los jueces y magistrados de tener la mayoría de las vocalías, para reconvertir su carácter «curial» en «forense», incorporando a los «cooperadores necesarios de la Justicia», especialmente a abogados, superando así su actual corporativismo. También debería derogarse la prohibición a jueces y fiscales de pertenecer a partidos políticos, suprimir la intervención de las asociaciones en la presentación de candidatos a las vocalías y despolitizar todo lo posible esos procedimientos de elección.

Se impone la urgente revisión de la actual estructura territorial de la Administración de Justicia, superando la circunscripción decimonónica del partido judicial, reforzando la estructura provincial, generalizando los órganos colectivos y fomentando la especialización en los diversos sectores jurídicos. También sería el momento de reconsiderar la necesidad de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional, que no es bien comprendida en el extranjero. Y, en fin, revisar la Ley del tribunal del jurado, limitando su competencia en términos análogos a como lo han hecho los portugueses, si no se expulsa de la Constitución tal institución.

La segunda revolución de la Justicia en general y de la penal en particular ha de extenderse al régimen jurídico de sus operadores. Comenzando por duplicar el número de jueces y por liberarles de las tareas que no consistan en «juzgar y ejecutar lo juzgado» (instruir no es juzgar). En cuanto a los fiscales, atribuirles la competencia de instruir, con las modificaciones consiguientes en su Estatuto orgánico. Los abogados requieren un control de natalidad para reducir su número excesivo, generador de litigiosidad y querulancia, que garantizar su calidad y dignidad forense. La policía judicial tiene que perder su independencia y su carácter de «poder fáctico», sometiéndose a la dirección e instrucciones sobre

todo del Ministerio fiscal, pero también de jueces y tribunales, regulando los llamados «informes de inteligencia». Y, en fin, los demás colaboradores de la Justicia, particularmente los peritos y los posibles *amici curiae*, institucionales o profesionales libres, han de implementarse en la medida de las necesidades, para evitar las actuales dilaciones en la instrucción de ciertos delitos.

Urge igualmente una nueva Ley de enjuiciamiento penal, que podría tener como punto de partida la consolidación de los dos borradores existentes, en la que se revisen los procedimientos, se implante en la instrucción el principio acusatorio y se introduzca tanto el juez de garantías como el de la acusación. También tendrá que hacer efectivos algunos derechos relativos al fundamental de defensa: efectivo secreto de la instrucción tipificando penalmente la divulgación de información sometida a tal secreto quebrantado y filtrada la información por algún operador jurídico, y neutralización de la litigiosidad (querulancia o querulomanía) por temeridad o mala fe «civilizando» —LEC— la condena en costas y haciendo efectiva la responsabilidad patrimonial que frene a ciertos fiscales.

También debe acometerse una revisión del catálogo de delitos, buscando posibles descriminalizaciones primarias, marcando con claridad las fronteras entre los injustos penales y los no penales en materias cuya regulación básica se encuentre en otros órdenes normativos, calibrando si debe optarse por la técnica de la ley especial o por la de la codificación. Igualmente interesa que la criminalización secundaria, la acaecida en el ámbito de la jurisdicción, no traspase los límites de la ley, replanteándose la procedencia de las cuestiones prejudiciales suspensivas y devolutivas y/o de los informes periciales jurídicos o dictámenes *amicorum curiae*.

Deben, en fin, en la nueva Ley de enjuiciamiento penal unificarse los criterios hoy no unificados, bien con rango legal, bien garantizando un procedimiento para que exista la seguridad jurídica derivada de tal unidad, mediante circulares o instrucciones en el ámbito de la Fiscalía y la jurisprudencia en el jurisdiccional. Y también es pertinente la revisión del artículo 17 CE, reduciendo a 24 horas la duración máxima de la detención policial, superando la inercia de la CE de 1931 y del Fuero de los Españoles, extrañamente coincidentes en este punto, en contra de la tradición constitucional del XIX.

Y en cuanto a los vicios sobrevenidos tras la entrada en vigor de la CE, tendría que volverse a cuestionar las funciones de amparo del TC para intentar ampliar su eficacia, declarar la guerra al populismo judicial restableciendo la ley como única referencia de sus resoluciones y vacunar también a los órganos judiciales, a las Fiscalías y a la Policía judicial frente a los repuntes del derecho penal de autor, tanto en el ámbito procesal como en el sustantivo.

TITLE: *Constitutional Progression or regression of the spanish criminal justice*

ABSTRACT: *The article analyzes the configuration given by the Spanish Constitution (1978) to the justice administration and the specialties of the criminal jurisdiction, pointing the unsatisfactory aspects of*

the constitutional model. Following, the author highlights the real evolution of both the general and the criminal justice administration activity since the Constitution was enacted, reality which has become unrespectful with the Constitution's principles and regulations. Finally, the document propose for both general and criminal justice administration "de lege data et ferenda" solutions to drive the Spanish judicial administration to an adaptation to current time needs, evolving from the results of the first revolution of justice administration (Gloriosa in 1868) to a second and highly needed revolution.

RESUMEN: Este artículo analiza, en primer lugar, los aspectos de la legislación y de la praxis de la organización y funcionamiento de la Administración de Justicia en general y, de modo especial, en lo atinente al orden jurisdiccional penal, derivados de la configuración dada por la Constitución de 1978; y, a continuación, destaca las realidades sobrevenidas con posterioridad a dicha fecha, igualmente contrarias a los principios o preceptos constitucionales. Desde lo anterior, el autor propone en ambos ámbitos (general y penal) soluciones "de lege data et ferenda" de avance hacia la "Segunda revolución de la Justicia española", tan pendiente como urgente, pues al haber acaecido la primera por obra y gracia de la Revolución "Gloriosa" de 1868, la España actual, muy distinta de la de hace más de siglo y medio, precisa de una Administración de Justicia acorde con los tiempos.

KEY WORDS: *Justice administration. Judge. Prosecutor. Lawyer. Criminal procedure. Accusatory principle. Judicial costs. Pecuniary responsibility of the State. Cognitive biases. Judicialpopulism*

PALABRAS CLAVE: *Gobierno del Poder Judicial. Juez. Fiscal. Abogado. Policía judicial. Ley de enjuiciamiento criminal. Ley de enjuiciamiento penal. Principio acusatorio. Costas judiciales. Responsabilidad patrimonial del Estado Juez. Sesgos cognitivos. Macrocausas. Populismo judicial.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 01.01.2019

FECHA DE ACEPTACIÓN: 05.02.2019

