

HOMENAJE A DON JUAN AGUSTÍN MORO BENITO



DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE ÁVILA
INSTITUCIÓN GRAN DUQUE DE ALBA

EDUARDO DE LA CALLE SÁNCHEZ – MIGUEL ÁNGEL CALLEJO SÁNCHEZ
M.^a TERESA DEL CASO JIMÉNEZ – JESÚS GARCÍA GARCÍA
JUAN JACINTO GARCÍA PÉREZ – TANIA GARCÍA SEDANO
RICARDO GONZÁLEZ CERRÓN – EMILIANO GONZÁLEZ DÍEZ
LUIS EDUARDO DE LA HOZ GARCÍA – M.^a ISABEL JIMÉNEZ SÁNCHEZ
FRANCISCA JUÁREZ VASALLO – FÉLIX MARTÍNEZ LLORENTE
LUIS CARLOS NIETO GARCÍA – M.^a JOSÉ RODRÍGUEZ DUPLÁ
JULIO J. SÁNCHEZ BARREDA Y NOELIA MADRID GILO
MARTA SÁNCHEZ PRIETO – ANA M.^a SANGÜESA CABEZUDO

HOMENAJE A DON JUAN AGUSTÍN MORO BENITO

Prólogo de
Julián Sánchez Melgar
Magistrado del Tribunal Supremo



2014

Fotografía de cubierta: Juan Agustín Moro Benito ante la fachada de la Audiencia Provincial de Ávila.

ISBN: 978-84-15038-48-1

Depósito legal: AV-9-2014

Impresión: Miján. Industrias Gráficas Abulenses

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	7
PRÓLOGO / Julián Sánchez Melgar	11
 Estudio jurídico, social y patrimonial sobre un rico hombre de la tierra de Valdecorneja / Eduardo de la Calle Sánchez	25
El pianista de la sonrisa luminosa / Miguel Ángel Callejo Sánchez ..	45
La prueba pericial en el proceso penal / María Teresa del Caso Jiménez	57
Algunos aspectos del legado jurídico dejado por el Ilmo. Sr. D. Juan Agustín Moro Benito / Jesús García García	79
Divagaciones añejas y extravagantes en torno a la oratoria forense / Juan Jacinto García Pérez	103
El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos / Tania García Sedano	121
Algunas reflexiones sobre el derecho de defensa en el proceso penal / Ricardo González Cerrón	139
La adscripción territorial de la Justicia: los partidos judiciales abulenses / Emiliano González Díez	147
Evolución de las organizaciones internacionales / Luis Eduardo de la Hoz García	175
Tratamiento policial de menores de edad / María Isabel Jiménez Sánchez	189

Evolución de la doctrina jurisprudencial en torno a la pensión compensatoria / Francisca Juárez Vasallo	217
Los títulos y dignidades dinásticas de la Familia Real española: algunas consideraciones de Derecho Histórico y Derecho Positivo / Félix Martínez Llorente	231
La internacionalización de los derechos de la infancia. Su influencia en la justicia de Menores / Luis Carlos Nieto García	263
El estatuto de la víctima / María José Rodríguez Duplá	285
Filiación post mórtem / Julio J. Sánchez Barreda y Noelia Madrid Gilo	315
La condición jurídica de la mujer en la Antigüedad y en las edades media y moderna / Marta Sánchez Prieto	329
El recurso especial en materia de contratación. Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de Sector Público / Ana María Sangüesa Cabezudo	343

PRESENTACIÓN

Es un honor para la Institución Gran Duque de Alba, que patrocina la Diputación Provincial de Ávila, participar en la edición de este libro como homenaje a quien fuera presidente de la Audiencia Provincial de Ávila, Juan Agustín Moro Benito, durante los años 1990 a 1993.

Tuve la ocasión de conocerlo personalmente y admiré desde el primer momento sus virtudes profesionales y su talante humano, del que resalto la generosidad y cercanía; el gusto musical y afición de Juan Agustín a tocar el piano era una forma de comunicación e integración, en ese lenguaje universal que es la polifonía, ofrecido a los demás con largueza. Compartía tertulia y experiencias con sus amigos, que eran muchos, y predicaba un fervor especial por esta tierra. En el plano jurídico su contribución es igualmente innegable; inspiraron su análisis los postulados humanistas, y fue pionero en acercar la Administración de Justicia y abrir la institución que presidía a la sociedad abulense.

Ingresó muy joven en la carrera judicial, ejerciendo su cargo de juez en las localidades de Peñarroya (Córdoba) y Toro (Zamora). Al ascender a magistrado tuvo como primer destino la Audiencia Provincial de Gerona, y, después, la de Palencia, siendo nombrado el día 18 de abril de 1990 presidente de la Audiencia Provincial de Ávila.

No pudo, si embargo, desempeñar mucho tiempo este nuevo cargo en nuestra provincia, ni culminar el propósito de introducir mejoras, pues el día 26 de febrero de 1993 fue asesinado, casi a las puertas del palacio de Justicia, en la calle Madre Soledad, a la edad de 40 años, en un momento de madurez personal y profesional irremediablemente truncado por la sinrazón, hecho que causó el estupor y tristeza de cuantos lo conocíamos.

Para glosar su obra forense y memoria editamos el libro que tiene el lector en las manos, como homenaje de admiración y recuerdo a su persona. Tratando temas jurídicos y otros de distinta naturaleza, han participado en la tarea compañeros, discípulos y ante todo amigos, con el común designio de rendir testimonio de consideración a su legado

jurídico y moral, y también a sus cualidades personales. En esta labor intervienen al unísono tanto autores veteranos, de larga experiencia en el ejercicio del Derecho, como jóvenes promesas de la profesión jurídica, quienes ven en él un referente digno de tomar en cuenta para el futuro, dejando en las líneas que siguen el poso, no solamente del recuerdo, sino también de la sabiduría y de la tolerancia que encarnaban su figura y proyectan su trayectoria personal al infinito.

Por ello es una satisfacción para esta Presidencia presentar el homenaje en forma de libro, que incrementará la bibliografía de la Justicia abulense, a la que contribuimos, como en otras ocasiones, fomentando los estudios e investigación científica y promocionando y difundiendo el conocimiento, en este caso para el Área de Humanidades, uno de los ejes en torno al cual pivota la actividad cultural de la Institución Gran Duque de Alba desde sus orígenes.

Agustín González González
Presidente de la Diputación de Ávila

PRÓLOGO

Me corresponde el honor de prologar este libro homenaje a Juan Agustín Moro Benito, compañero de la carrera judicial y el que fuera mi predecesor en la presidencia de la Audiencia Provincial de Ávila hasta que, en una fría tarde del día 26 de febrero de 1993, su vida quedó segada y su cuerpo yacente a pocos metros del palacio de Núñez Vela, sede del Tribunal Provincial de Ávila, fruto de un vil asesinato. Han transcurrido, pues, más de veinte años desde aquella fecha, ya trágica en la memoria de la Justicia abulense, y es bueno hacer un hito para su recuerdo. Y qué mejor forma de hacerlo que con la publicación del libro que tienen ustedes entre sus manos, una obra jurídica para un personaje jurídico; pero, sobre todo, una obra escrita con cariñoso recuerdo para quien persiste en la memoria de tantos y tantos abulenses, de tantos y tantos compañeros de esta profesión jurídica que todos compartimos.

Y aunque me corresponda a mí el honor de prologar este libro, debo destacar el papel desempeñado por la actual presidenta de la Audiencia, María José Rodríguez Duplá, quien ha abanderado la labor de aglutinar a quienes han escrito las páginas que siguen a esta introducción, y de quien partió la idea de su realización.

No puedo, empero, pasar por alto que, en enero de 1994, quien escribe estas líneas ya propuso a la UNED de Ávila la creación de un premio de contenido jurídico con el nombre «Juan Agustín Moro», que finalmente no pudo llevarse a cabo. Sin embargo, sí se consiguió que la Fundación Cultural Santa Teresa, bajo el patrocinio de la Diputación Provincial de Ávila y la propia UNED, dedicaran un curso de Derecho Constitucional en homenaje a Juan Agustín Moro Benito, dirigido por Luis Carlos Nieto García, los días 11, 12 y 13 de mayo de 1994, en cuyo curso tuve el honor de intervenir el primer día, glosando la figura de Juan Agustín.

Pero ha sido la Institución Gran Duque de Alba, la insigne obra cultural de la Diputación Provincial de Ávila, la que ha llevado adelante este

homenaje en forma de libro; demostrando especial sensibilidad su director, don Carmelo Luis López, quien ha propiciado esta obra, acogéndola con fervor desde el primer momento en que quien suscribe estas líneas le propuso su patronazgo. Vaya, pues, desde aquí, nuestro agradecimiento por su especial predisposición para la elaboración de esta obra, y todas las facilidades que ha dado para ello. Del propio modo, el reconocimiento a nuestro compañero de la carrera judicial, Juan Jacinto García Pérez, insigne coordinador de la sección de Derecho de la Institución, por haber avallado desde el primer momento este proyecto, coordinando la obra con quien suscribe este prólogo, prestando todo su apoyo.

Y vaya también nuestro agradecimiento para todos los autores de los artículos monográficos que la integran, los cuales, en recuerdo siempre de Juan Agustín Moro Benito, y para homenajearle, han dedicado una parte sustancial de su tiempo a preparar los artículos que integran el libro, de variada significación: unos jurídicos, otros divulgativos de experiencias de su vida personal, otros poéticos, pero, en suma, anudados por el deseo de recordar y homenajear a una persona a la que todos querían y recuerdan.

Agradecimiento a todos ellos que estoy seguro significa también el reconocimiento de la familia de Juan Agustín, quienes predicán una devoción muy especial por su recuerdo.

Y es que, a mi juicio, nunca se debe perder la memoria de las personas, porque el recuerdo nos hace revivirlas.

En mi toma de posesión como sucesor suyo (concretamente el día 28 de junio de 1993), tuve también la oportunidad de rendir homenaje a su persona, haciendo un ejercicio de admiración y recuerdo. En efecto, Juan Agustín Moro Benito era una persona especialmente querida en Ávila, pero no solamente aquí, también en aquellos lugares en donde había estado destinado. Ese cariño se le profesaba también en Palencia, en cuya Audiencia ejerció la magistratura durante casi cinco años. En la cena-homenaje de despedida palentina, el decano del Colegio de Abogados de Palencia, don Daniel Ibáñez, le tributaba estos versos:

Te rendimos homenaje:
por la amistad, confianza, honor
y dignidad que nos has dado;
junto a tu honestidad e integridad
que tu trato ha proyectado.

Y más adelante, sin olvidar su faceta humana y, dentro de ella, sus cualidades musicales, en su poesía, seguía declamando:

Te prefiero pianista a magistrado,
me gusta tu persona como músico
frustrado de intérprete brillante,
pero genio de Quijote maniatado
que se enfrenta en la batalla
con las blancas y las negras de un teclado
y dominas el arpeggio y la sentencia
y el trino con el auto, la fermata y el glosado.

He de repasar en este prólogo su biografía, señalando que comenzó muy joven la carrera judicial, aprobando las oposiciones a judicatura en 1979, dos años después de haber terminado su carrera de Derecho en la Universidad de Salamanca.

Tras su paso por la Escuela Judicial, toma posesión en la entonces Audiencia Territorial de Sevilla del juzgado de Primera Instancia e



Juan Agustín Moro recibiendo el despacho de juez.



Juan Agustín jurando el cargo en su primer destino de juez.

Instrucción de Peñarroya (Córdoba), en el que no llega a ejercer, ya que esa misma semana se incorporaba al servicio militar.

Entre 1981 y 1982, ocupa el juzgado de Toro (en Zamora), también como juez de Primera Instancia e Instrucción.

Ascendido a magistrado en abril de 1983, toma posesión, en junio, como magistrado de la Audiencia Provincial de Gerona, donde permanece hasta febrero de 1985, siendo destinado a Palencia, en cuya ciudad ejerce su función hasta el 18 de abril de 1990, en que es nombrado presidente de la Audiencia Provincial de Ávila.

Juan Agustín Moro Benito era, sobre todo, aparte de sus cualidades personales y musicales, un juez enamorado de su profesión, incondicional defensor de los derechos humanos, participe en cursos de formación y proyección constitucional.

Para conocer mejor su figura jurídica, voy a recordar algunos párrafos de su discurso de toma de posesión en Ávila, para darnos cuenta de su talante:

Si el Tribunal tiene que interpretar y aplicar la Ley según la realidad social, los jueces no podemos permanecer al margen de ésta. Para ello, salvo en el ejercicio estricto de las funciones oficiales o jurisdiccionales, reclamo el mismo tratamiento que cualquier otro ciudadano, con plena independencia de mi cargo.

En declaraciones a la prensa, inmediatamente anteriores a su toma de posesión como presidente de la Audiencia Provincial de Ávila (*El Norte de Castilla*, 5 de mayo de 1990, edición Palencia), Juan Agustín decía: «El juez debe estar tranquilo a la hora de dictar sentencias y a la vez estar sometido a la crítica por parte de la sociedad».

Y más adelante, en *El Adelanto* del 16 de julio de 1992, se definía como un hombre que trataba con su trabajo de aportar todo lo que fuera necesario para que la sociedad mejore, pues la justicia social –decía– se puede hacer incluso fuera del ámbito estrictamente jurídico: «[...] El juez debe practicar la tolerancia, la humildad, la sencillez y la elegante actitud de saber callar, escuchar y comprender».

Y tenía razón. Otras de las facetas de Juan Agustín Moro Benito fue su desvelo por luchar contra la lacra social que significa la drogadicción, mal que arrasa a buena parte de nuestra juventud y de la que se aprovechan desaprensivos narcotraficantes. Juan Agustín estaba muy concienciado con este problema de la droga, y, sobre todo, por ayudar al drogadicto, al que veía como a un enfermo, buscando siempre soluciones.

Rebuscando en su vida, he llegado a saber sus entrevistas en Madrid con don Antonio Asunción, como se sabe efímero ministro del Interior, pero que durante espacio prolongado ocupó la Dirección General primero y después la Secretaría de Estado para Asuntos Penitenciarios, al que ofrecía planes para ayudar a los drogadictos.

Dentro de esa línea, escribía un artículo doctrinal en la revista jurídica *La Ley*, a finales de agosto de 1987, que titulaba «Resignación social y tratamiento de los drogadictos», en donde reclamaba centros de rehabilitación de toxicómanos, de carácter público y consiguientemente gratuitos o asequibles para estos enfermos:

Y quien tiene que afrontarlo y resolverlo es el Estado, por imperativo legal –y agregaba– creando sin más espera los establecimientos públicos necesarios, dotados de los correspondientes equipos de expertos en drogodependencia.

En dicho trabajo, que rezuma por doquier una alta sensibilidad ante ese problema, se leía:

Así pues, no muere únicamente el heroinómano mal ingresado en prisión o fuera de ella, cuando solo e indefenso sucumbe a la idea del suicidio. También le ocurre lo propio a quienes reducen su existencia al consumo de la droga, desinteresándose por cualquier otro aspecto de la vida, como consecuencia de la alteración y detrimento graves de su salud. Y, en buena medida, a todos los demás que contemplamos impasibles, aunque también la padecemos, esta dantesca y degradante realidad, hundidos en la más cobarde y patética resignación.

Bellas palabras, en fin, para un problema que desde que él lo enunció, está todavía sin resolver.

Juan Agustín Moro Benito supo también ganarse la confianza de los abulenses como persona y como juez, sirviendo a la Justicia con la firme convicción de garantizar los derechos de nuestros conciudadanos, respetando, como nadie, las libertades públicas, formando parte de un poder integrante del Estado de Derecho, en el lugar que le corresponde en una sociedad democrática.

En su trabajo, a pesar de ser exigente y concienzudo, era muy humano. De él escribió precisamente una funcionaria de la Audiencia, llamada Esperanza López, lo siguiente:

Cuando pronunció su discurso el día de la toma de posesión, nos empezó a ganar por la exposición llana y humilde de sus proyectos. Dijo que venía a aprender de todos, cuando su trayectoria profesional en la Justicia fue meteórica. Que quería ser amigo de todos. Y poco a poco, a medida que se iba rompiendo el hielo de lo desconocido, fuimos

descubriendo la humanidad de este hombre asequible, cordial, alegre, que disfrutaba a la hora de tomar un pincho con sus funcionarios como un chiquillo.

Y qué decir respecto de Ávila. Juan Agustín –también se ha escrito– sucumbió a su hechizo, convirtiéndose enseguida en un abulense más, o más abulense que muchos. Tuvo el regalo de sentir nuestra muralla tan cercana y palpable que se le colaba en su hogar.

Sin embargo, una fría tarde de un viernes, 26 de febrero de 1993, cuando salía de su casa para buscar el coche y pasar el fin de semana en su pueblo, fue asesinado a tiros por Antonio Pérez Varona, a la sazón de 61 años de edad, un individuo que presentaba una personalidad con una estructura en la que predominaban los rasgos paranoides, que suponiendo injustificadamente que alguna resolución dictada por Juan Agustín, siendo magistrado de la Audiencia Provincial de Palencia, podría perjudicarlo, lo esperó en la calle Madre Soledad, en un lugar muy próximo al Palacio de Justicia, y lo mató de dos disparos con arma de caza cargada con munición de postas. Pronto, unas personas que acertaron a pasar por allí facilitaron a la Policía los datos de que disponían del vehículo con el que se ausentó Antonio del lugar, siendo muy pocas horas después detenido en la carretera, cerca de Valladolid, confesando de inmediato su crimen.

Antonio Pérez Varona fue condenado por sentencia de la Audiencia de Ávila y confirmada por el Tribunal Supremo el día 4 de octubre de 1994 a la pena de veinte años de reclusión menor, apreciándosele la eximente incompleta de enajenación mental.

Como firme y leal servidor de la Justicia, por sus valores y su talante, fueron muchos los homenajes recibidos, de los que no puedo dejar de dar cuenta del rendido en su localidad natal, El Cubo de Don Sancho (Salamanca), el día 12 de junio de 1993, en donde se le reconoció el título de Hijo Predilecto, dedicándosele una calle para que su nombre no se pierda en la noche de los tiempos. Y, también, con objeto de honrar su memoria, el Consejo de Ministros, en su reunión del día 16 de abril de 1993, a las pocas fechas de su muerte y a propuesta del entonces ministro de Justicia don Tomás de la Quadra Salcedo, le concedió, a título póstumo, la Gran Cruz de la Orden de San Raimundo de Peñafort, máxima distinción jurídica, cuya entrega hizo a su madre el presidente del Consejo General del Poder Judicial, don Pascual Sala Sánchez, el día 13 de diciembre de 1993, en la Sala de Vistas de la Audiencia Provincial de Ávila, descubriéndose una placa conmemorativa en la escalinata de acceso a nuestro Tribunal Provincial, que sufragó generosamente don Julián Herrero Jiménez.

Y por todo ello, el *Diario de Ávila*, el 26 de marzo de 1993, escribió: «[...] Moro Benito fue ante todo un buen Juez; buen Juez en el sentido más profundo de su concepto [...]».

Y el 5 de marzo:

Llegó a nosotros con una ancha sonrisa y un piano [...]. Cuando le vimos tan joven, con su aire de chaval, sonriente, cordial y desenfadado, no lo concebíamos metido en una toga [...]. Era uno más entre nosotros, el más alegre de los contertulios en cualquier reunión, en la que despuntaban sus carcajadas [...].

O el *Diario 16 Palencia*, el 10 de marzo de 1993: «Fue íntegro porque siempre cumplió con su deber, porque fue un gran juez, un gran magistrado, un gran presidente [...]».

O, en fin, *El Norte de Castilla*, el día 4 de marzo: «Por tu sencillez, por tu nobleza; allí donde pasaste dejaste huella de tu buen hacer y amistad [...]».

A él ha dedicado el ilustre poeta Muñoz Quirós, una preciosa elegía cuyos versos finales dicen así:

Ha sido el perfecto
ejemplo
de hombre endulzado por la voz
de la palabra,
por la ternura de los ojos
libres,
por el silencio de las cosas tristes.
Su muerte
me deja la huella de un pájaro
escondido en la sombra.

Por eso no puedo resistirme a transcribir en este prólogo unas bellísimas palabras, escritas por Esperanza López, a la que ya he citado anteriormente, y que sutilmente nos conectan en el tiempo a Juan Agustín y a mí, y que dicen así:

En las amplias galerías de la Audiencia ya no juega el sol con las notas de aquel Yesterday o aquel Memory, que hacían tan gratas las jornadas de guardia. Con la muerte de Juan Agustín Moro Benito enmudeció su piano. Pero, como la vida sigue, ahora, en la amplia galería de la Audiencia, se escuchan las risas de un niño –precisamente, mi hijo mayor–, juguetón y travieso, que son también una hermosa melodía de vida y esperanza.

Y cuando paseo por esta entrañable ciudad, como un turista más, por la calle Madre Soledad, tan cerca de la Audiencia..., siento el cariño y la consideración que esta ciudad le brindaba, tanto que durante mucho

tiempo, y aún me atrevería a decir que hoy, en el lugar en que fue abatido a muerte, reposan frescos claveles que evocan su memoria, depositados, de manera anónima, por las gentes del pueblo de esta ciudad, cuya emoción, al pasar a su lado, nunca he podido resistir.

Por ello, quisiera terminar este prólogo con las siguientes palabras, que ya para siempre están esculpidas en la escalinata de la Audiencia: «Tu pasar no ha sido estéril, sobrevives en el amor a la Justicia».

Julián Sánchez Melgar
Magistrado del Tribunal Supremo

ARTÍCULOS

ESTUDIO JURÍDICO, SOCIAL Y PATRIMONIAL SOBRE UN RICO HOMBRE DE LA TIERRA DE VALDECORNEJA¹

Eduardo de la Calle Sánchez
Miembro colaborador de la Institución Gran Duque de Alba

Resulta interesante conocer el desarrollo jurídico-social en torno a un territorio concreto a lo largo del tiempo. La evolución humana resulta pareja al conocimiento de sus costumbres y, por extensión, al ejercicio de sus realidades. Las normas jurídicas, la estructura social, los fundamentos económicos, nos ayudan a entender, comprender e interactuar sobre el conjunto de toda la dimensión humana.

Conocemos la evolución del señorío de Valdecorneja desde su vinculación a la familia Álvarez de Toledo, gracias a la labor desarrollada por insignes investigadores como son los profesores D. Carmelo Luis López, D.^a Elisa Santos Canalejo o D. José Manuel Calderón Ortega².

Durante los últimos años, la Institución Gran Duque de Alba ha realizando una enorme labor publicando las fuentes documentales medievales que se conservan en el Archivo Municipal de Piedrahíta.

¹ Quisiera expresar mi eterno agradecimiento y dedicar estas líneas a mis padres, Eduardo y Ascensión, a mis queridísimas hijas, María y Vega, a mis hermanos Rodrigo y Eva María y a todos aquellos que han estado y están a mi lado.

² LUIS LÓPEZ, Carmelo. *La comunidad de villa y tierra de Piedrahíta en el tránsito de la Edad Media a la Moderna*. Ávila: Institución Gran Duque de Alba, 1987.

SANTOS CANALEJO, Elisa de. *La Historia medieval de Plasencia y su entorno geo-histórico: La sierra de Béjar y la sierra de Gredos*. Cáceres: Institución Cultural El Brocense, 1986.

CALDERÓN ORTEGA, José Manuel. «Aspectos políticos del proceso de formación de un estado señorial: el Ducado de Alba y el Señorío de Valdecorneja (1350-1488)». *Cuadernos abulenses*, 23 (1995), pp. 11-116.

Pero a pesar de todo lo publicado, muy poco, por no decir nada, son los conocimientos que nos han llegado sobre la estructura jurídico-social de los concejos de aldea, que fueron piedra angular sobre la que se cimentó la estructura económico-administrativa de las distintas Comunidades de Villa y Tierra y del señorío en su conjunto.

Hoy en día, la Historia intenta abrir nuevos caminos a la investigación, apoyándose en otras ramas de la Ciencia. Por ello, resulta interesante indagar en las relaciones jurídicas y sociales que hubo inmersas en la colectividad que conformaban los distintos grupos humanos existentes en Valdecorneja a finales del s. XV.

Así, mediante este estudio, intentaremos dar un poco de luz frente a la dificultad que para la Historiografía supone ahondar en las relaciones sociales en una época en la que las fuentes que nos han llegado apenas hacen mención de la estructura jurídica y su repercusión en ciertos grupos sociales.

Este artículo busca definir en un periodo temporal concreto (coincidente con la segunda mitad del siglo XV y el primer cuarto del siglo XVI), cómo se estructuraba, jurídica y económicamente, la oligarquía pechera dentro del grupo social que componía el cuarto, luego sexmo y por último concejo de aldea, de Hoyorredondo, uno de los más antiguos de la Tierra de Piedrahíta, mediante la información que nos aportan las fuentes documentales históricas. Para ello, nos hemos centrado en el estudio de la figura y de las relaciones jurídicas, sociales, económicas y hacendísticas de un pro-hombre, rico campesino pechero, que residía en Hoyorredondo, pero que asentaba sus raíces en uno de los núcleos diseminados a lo largo de todo el cuarto de Hoyorredondo, en concreto en Las Casas de la Mata.

La figura de D. Alonso Martín de la Mata resulta relevante en tanto que, a través de la información vertida en los documentos que constituyen su testamento y el de su esposa, podemos diseccionar, en su totalidad y de una manera excepcional, la estructura de su patrimonio; cuál era el régimen jurídico de la propiedad en la Tierra de Piedrahíta; a cuánto ascendía la riqueza monetaria disponible; de qué manera se sustentaba la economía local eminentemente agrícola y ganadera; en qué posición dentro de la estructura social se ubicaba D. Alonso y aquellas familias oligarcas que, como él, detentaban las instituciones jurídico-administrativas, a un nivel de cuarto-sexmo en lo llano o concejo de aldea, para la zona de la sierra; y, por último, cómo se organizaban esos grupos oligarcas en las instituciones y la sociedad tanto urbana como rural de la época. Del

mismo modo, las denominaciones que reciben lugares y zonas donde se ubicaban las distintas propiedades pueden servir como referencia para un posterior estudio toponímico de la comarca.

1. Breve estudio sobre el entorno

Una vez se produjo la reconquista territorial y un primer asentamiento humano en el valle del río Corneja, el territorio correspondiente a su margen izquierda, lo que después se denominará como Comunidad de Villa y Tierra de Piedrahíta, sería la zona en la que primigeniamente se establecieron nuevas pueblas y, por tanto, los lugares que antes comenzaron a explotarse. A partir del siglo XII, pero en mayor medida durante los siglos XIII y XIV, se produjo una división jurídico-administrativa del territorio del valle, donde al margen del señorío episcopal de Bonilla, en la orilla opuesta, surgiría una institución de carácter administrativo, a imagen de otras surgidas en la Extremadura castellana, cuya configuración jurídica fue la de Comunidad de Villa y Tierra, posteriormente, parte del señorío de Valdecorneja. Esta Comunidad estaría configurada en cuatro entidades administrativas o cuartos, después también renombrados como sexmos. Son los llamados cuartos de Navaescorial, Hoyorredondo, Santiago y La Sierra³. Esa complejidad dimana también de la diferencia física de los territorios que componen Valdecorneja y que se encuentran unidos bajo una misma jurisdicción: comarcas llanas, del valle, frente otras de montaña y sierra; las calidades del terreno, que enfrentan tierras de sembradura de secano con otras de regadío (prados, huertos y praderas de montaña) o de explotación forestal; comarcas que se repoblaron y donde se asentaron siglos atrás, núcleos humanos venidos del norte, que modelaron el relieve humano que hoy apreciamos, formado por pequeñas aldeas de origen familiar, comunidades de aldeas o grandes núcleos urbanos. La precitada complejidad nos lleva incluso a apreciar la aplicación de normas de origen consuetudinario. Son normas nacidas de los usos y costumbres, para aquellas cuestiones jurídicas que entraban a regular materias allí donde ni el derecho regio o señorial, ni las ordenanzas y provisiones, conseguían llegar.

En el s. XIV encontramos fuentes escritas que mencionan Hoyorredondo como una entidad administrativa plenamente constituida bajo la

³ LUIS LÓPEZ, Carmelo. *Documentación medieval de Piedrahíta: estudio, edición crítica e índices, vol. I (1372-1447)*. Ávila: Institución Gran Duque de Alba, 2007.

demarcación de «cuarto». Hemos podido identificar dentro del mismo, la existencia de los siguientes núcleos habitados: Hoyorredondo (dividido en dos barrios o núcleos urbanizados independientes), La Carrera (dividido en dos barrios), Las Casas del Camino (dividido en dos barrios), Las Casillas, El Castillo, La Alameda (dividido en tres barrios), El Hoyo (dividido en dos barrios), El Castillo de Bayuela, Las Casas de Don Jorge, Los Robles, Arroyo Hondo (dividido en dos barrios), San Andrés del Carrascal (dividido en dos barrios), Las Casas de la Mata (dividido en dos barrios), Las Casas del Monte, Los Molinos del Río y el Caserío de La Halconera.

Durante el s. XV se inicia un periodo de decadencia en la importancia que tenía este cuarto con relación al peso total dentro de la Comunidad de Villa y Tierra de Piedrahíta. La ocupación, poblamiento y posterior puesta en producción de toda la zona de La Sierra, hace que la población dentro del propio ente administrativo emigre hacia estos nuevos lugares emergentes, con el fin de explotar las riquezas (madera y pastos para la ganadería fundamentalmente) que la zona ofrece.

La limitación del territorio del cuarto de Hoyorredondo y de sus recursos (centrados en la agricultura de cereal y ganadería extensiva) resultó clave para que desde un punto de vista administrativo perdiera, a finales del siglo XV y principios del siglo XVI, una consideración que mantuvo desde antiguo, siendo el ejemplo más notorio la disminución de pechos en la iguala de pechería⁴ a lo largo de todo el siglo XV.

⁴ Evolución de la cabeza de pecho que correspondía al cuarto de Hoyorredondo en diferentes momentos, a lo largo del siglo XV:

Año 1434: 5,5 pecheros.

Año 1436: 5 pecheros y 1 de seiscientos.

Año 1440: 5 pecheros y 1 de doscientos.

Año 1452: 3 pecheros y 1 de doscientos.

Año 1455: 5 pecheros.

El número de pechos que encabezó Hoyorredondo fue reduciéndose proporcionalmente en su conjunto a lo largo de los años. El número total de pechos que se repartían y sobre los que contribuía la totalidad de concejos y la villa (puesto que conformaban la entidad administrativa de la Comunidad de Villa y Tierra) varió a lo largo de los años, pasando de apenas setenta hasta el centenar. Luego, aunque la cifra de los pechos asignados a Hoyorredondo oscilara poco, el valor porcentual del cuarto disminuía sobre el conjunto de la Villa y Tierra.

2. La figura de don Alonso Martín de la Mata

Nuestro trabajo referencia la figura de un «hombre bueno» o «rico hombre», pechero, vecino del cuarto de Hoyorredondo. Don Alonso Martín de la Mata falleció en su morada de Hoyorredondo a principios del mes de octubre de 1521. Persona madura y anciana, sin descendientes directos, decide otorgar testamento en fecha 25 de septiembre de 1521, ante el escribano del concejo y varios testigos vecinos del mismo. Consciente de sus muchos años vividos y de lo cercano que se encuentra su fin, toma la decisión de fundar con la práctica totalidad de su patrimonio una «manda». Establece un legado mediante el cual funda una capellanía en el altar de los Santos Mártires⁵, al que era muy devoto, y que en fechas recientes se había reubicado en la antigua iglesia parroquial de Nuestra Señora de Hoyorredondo. Para dotar la misma, otorga la vinculación jurídica de una serie de bienes muebles, semovientes e inmuebles, cuya cuantía total aportaría unas rentas anuales valoradas en cincuenta fanegas de pan metaladas y tres mil maravedíes de renta monetaria.



Escudo de armas en el antiguo altar de los Santos Mártires en la iglesia de Nuestra Señora de la Asunción, Hoyorredondo.

⁵ Sobre la guarda del altar se conserva un antiguo escudo de armas desde hace trescientos años labrado en madera, pero que los antiguos libros de fábrica referían que en la iglesia antigua era «[...] picado de piedra». En él se recogen las armas de dos antiguos linajes bajo un yelmo de caballero, escoltadas por sendas aves. La descripción del escudo de armas es la siguiente: escudo cortado; primer partido, a) de azul, cinco flores de lis de oro, la bordura de gules cargada de ocho aspas de oro; b) de oro tres fajas de gules, la bordura de azul cargada de ocho crucetas floronadas de oro; segundo partido de oro, presenta una torre al natural.

Así mismo, en su testamento y en un codicilo anexo, establece otras mandas por las que dona todo tipo de bienes de su patrimonio privativo, a instituciones religiosas⁶, personal a su servicio, familiares y deudos. Por último, designa como legitimaria en todo lo que respecta a la ejecución testamentaria a su esposa, Catalina González, quien posee la nuda propiedad sobre todos los bienes durante su vida. A ella deja la decisión jurídica sobre el momento en el que se inicie la capellanía y la tutela que sobre la misma ejercían los patrones⁷ nombrados al efecto.

Antes de su cercano fin, D. Alonso recibe la visita del corregidor de Piedrahíta, Álvaro de Bracamonte, y también la del licenciado Gregorio Hernández, comisario de la Santa Cruzada, con los que trató «de todas las cosas tocantes a la Santa Cruzada». Acudieron, y presentes fueron como testigos de sus disposiciones, otros sujetos de todo ámbito del cuarto, tales como su mozo de armas, Francisco Martín; el religioso Juan González; Gonzalo Sánchez Camino, alcalde; Mateo Sánchez, molinero; Juan Hernández, sacristán; y Toribio González, sexmero.

Días después de su fallecimiento, y validado ya el testamento por el teniente de corregidor de Piedrahíta, el bachiller Diego de Soto, Catalina González, viuda del finado, otorga también testamento el diecinueve de octubre de 1521, falleciendo días antes del siete de noviembre, fecha en la que resultan también validadas sus últimas voluntades.

La cercanía temporal del fallecimiento del matrimonio no deja de ser óbice para establecer un nexo físico y jurídico causal mediante el cual, todo el patrimonio restante de D. Alonso, transmitido *mortis causa* a su esposa Catalina, acrecentará en su totalidad a la dotación patrimonial de la manda, puesto que prácticamente todo él constituyó el peculio de la capellanía.

Catalina González de la Mata falleció en otra casa de su propiedad, situada en la aldea de Las Casas de la Mata, también perteneciente al cuarto

⁶ Realiza las acostumbradas mandas pías y dona dinero y propiedades muebles e inmuebles a entidades religiosas dedicadas a la caridad, como el hospital de San Bartolomé de Hoyo de Redondo, a aquellas destinadas a redimir cautivos, a la iglesia parroquial de Santa María de Hoyo de Redondo, a las ermitas de San Andrés del Carrascal y de la Cruz, y en especial al altar de los Santos Mártires, a quien su esposa entregará cantidades de dinero para hacer nueva la guarda del altar y levantar un retablo para los santos. Para esto último contribuye expresamente con un ducado.

⁷ Nombra como patrones de la capellanía a Gonzalo Sánchez Camino y a Juan Hernández de la Mata.

de Hoyorredondo y frontero con el término de La Horcajada. Ella decidió acrecentar a la capellanía con la práctica totalidad de los bienes muebles, e inmuebles que su marido la legó, quedando esta finalmente constituida con unas rentas anuales de cincuenta fanegas de pan metaladas, y cuatro mil maravedíes de renta monetaria. Así mismo, dejó mandas concretas a familiares.

Pero, ¿quién era Alonso Martín de la Mata? ¿Cuál era el origen de su patrimonio ahora vinculado y por este hecho conservado en una manda testamentaria?

Aunque falleció en el año 1521, su avanzada edad⁸ nos hace plantear que gran parte de sus vivencias ocurrieron en la segunda mitad del siglo XV. Época de múltiples controversias políticas a nivel de Castilla y del propio señorío de Valdecorneja, pudo vivir las guerras civiles o la toma del último reducto musulmán en la Península, el reino nazarí de Granada, por los Reyes Católicos. Un hecho incontestable es que mantenía caballerías y armas y, junto con otros ricos hombres pecheros de su cuarto, acudía a los alardes a los que les citaba. Su nombre aparece recogido en la relación de labradores pecheros que participaron en el alarde celebrado en la villa de Piedrahíta el 8 de septiembre de 1494⁹. A dicho alarde acude en nombre del concejo de Hoyorredondo junto con otros cuatro jinetes: Juan Sánchez, hijo de Gonzalo Sánchez Camino; Juan Garrido; Toribio González, hijo de Pedro González; y Toribio Sánchez de la Mata. Todos ellos acuden al alarde a caballo, montados en sus respectivas yeguas y armados con corazas y lanza.

Son sujetos pertenecientes a estas familias (los Martín de la Mata, Sánchez Camino, Garrido y González) los que aparecen como representantes del cuarto de Hoyorredondo en las juntas anuales celebradas para el reparto de impuestos. En las cuentas y repartos de los diferentes años los denominan los diferentes escribanos como los «hombres buenos de la tierra», procuradores o sexmeros. Declaran y firman como miembros del concejo, tanto ante las visitas de los visitantes del obispo, como ante los representantes del duque, comprometiéndose y obligándose a la realización

⁸ Una de las declaraciones recogidas posteriormente al óbito de D. Alonso para la validación de su testamento, es la de Juan González, de sesenta años de edad. En ella el testigo dice que el finado era mayor en edad que él.

⁹ CALDERÓN ORTEGA, José Manuel. *Documentación medieval abulense en el archivo de la Casa de Alba*. Ávila: Institución Gran Duque de Alba : Caja de Ahorros de Ávila, 2000.

de distintos actos en su nombre y en nombre del concejo. Aportan durante el s. XV, ante las solicitudes del señor, peones y ballesteros con los que acudir a los llamamientos que el rey hacía a la guerra.

Estas familias controlaban, ya desde principios del siglo XV, los oficios y magistraturas locales. Ellos, mediante reuniones abiertas en el concejo, nombraban a los alcaldes, regidores y alguaciles, cargos que en la mayor parte de los casos recaían en personas de su entorno. Del mismo modo, ejercían esa misma labor nombrando a los representantes e interlocutores que acudían a las juntas de la Comunidad de Villa y Tierra o a las convocadas por el señor de Valdecorneja. En el año 1442, acude como sexmero, representando al cuarto de Hoyorredondo, Juan Martín de la Mata. En esas juntas se efectuaron repartos diversos a la Villa y a la Tierra¹⁰. Otro tanto vemos en las juntas de los años 1443 y 1444, donde el sexmero representante del cuarto de Hoyorredondo fue Gonzalo Sánchez (Camino)¹¹.

Esta pequeña oligarquía local fundamenta su posición de dominio en el patrimonio económico adquirido con el apoyo señorial y regio, así como por los rendimientos adquiridos por sus explotaciones agrícolas y ganaderas. La adecuada administración del mismo, da lugar a que se perpetúe su linaje en el tiempo. Estas familias generan lazos de unión entre sí mediante matrimonios de sus miembros, lo que garantiza el apoyo mutuo en las magistraturas locales. Ejemplos los tenemos en el matrimonio de D. Alonso de la Mata con D.^a Catalina González, y María Mata (sobrina de D. Alonso) con Toribio González (sobrino de D.^a Catalina). Toribio y Catalina pertenecen al mismo linaje, y cuando Catalina otorga testamento nombra a su sobrino como heredero de ciertos bienes inmuebles vinculados a ese tronco común. Eso mismo ocurre con D. Alonso y María.

Por otro lado, existe un evidente clientelismo de familias que, aun sin mantener lazos de sangre con el linaje principal, se encuentran físicamente vinculadas por una estrecha relación personal o profesional. Aquí tenemos un ejemplo de esa estrecha relación personal: D. Alonso y D.^a Catalina, que no tuvieron hijos propios, tenían «en casa» a María, hija de Juan del Candil. Ambos, en sus respectivos testamentos, otorgan

¹⁰ LUIS LÓPEZ, Carmelo. *Documentación medieval de Piedrahíta: estudio, edición crítica e índices, vol. I...*

¹¹ IBÍDEM.

distintos legados (fanegas de trigo, animales de granja, tela del capuz de burriel de D.^a Catalina para vestir a los niños, e incluso bienes inmuebles) a María, a su hermano Andrés y a los padres, María y Juan del Candil.

Desde el punto de vista profesional, mantenían un enorme elenco de personas a su servicio, incluyendo familias enteras. Por una de las mandas testamentarias, Gonzalo Sánchez, mozo de D. Alonso, recibió, además de su soldada, una fanega de trigo, una erala y una tierra sembradera como legado. Pedro González del Hoyo y su mujer Francisca, molineros en el molino del prado de La Nava, propiedad de la familia Martín de la Mata, recibieron varias donaciones (dos fanegas de trigo y centeno y una saya de pardillo). Dos familias completas que se dedicaban «al servicio de sus moradas» en Hoyorredondo y Las Casas de la Mata recibieron otro tanto. Además, al menos seis pastores apacentaban los rebaños y más del doble de hombres trabajaban con las yuntas labrando las tierras de labor y transportando mercaderías.

La familia y linaje de D. Alonso hunde sus raíces en el lugar de Las Casas de la Mata, aldea ubicada en una zona limítrofe entre los términos de Hoyorredondo y La Horcajada o, lo que es lo mismo, entre las Comunidades de Villa y Tierra de Piedrahíta y La Horcajada primero, y posteriormente, a finales del s. XV, entre los señoríos de Valdecorneja y La Horcajada. Esa aldea fue el lugar elegido en agosto de 1494 para la celebración de las vecindades en las que los representantes de Piedrahíta y La Horcajada determinaron los límites entre ambas, así como las normas a aplicar en caso de incumplimiento.

Residían en Las Casas de la Mata hermanos y sobrinos de D. Alonso, en casas tejadas o pajizas. Así mismo, varias familias clientelares a su servicio ocupaban casas pajizas en el barrio junto a los corrales de ganado. Sin embargo, D. Alonso y su esposa turnaban su domicilio entre sus casas de Hoyorredondo y Las Casas de la Mata. En ambos lugares poseían amplias casas tejadas con corrales «tenados», horno para cocer pan y pajares.

D. Alonso Martín de la Mata, aparece a lo largo de los años desempeñando las funciones de alcalde, regidor y sexmero. Otro tanto ocurre con Gonzalo Sánchez Camino, vecino de Las Casas del Camino, quien a la muerte de Alonso se convertirá en el encargado de la ejecución de su testamento y, por añadidura, patrón de su capellanía.

A lo largo de todo el siglo XV, y en paralelo a esta pequeña oligarquía local formada en los cuartos y concejos de la Tierra, surge otra cuya tendencia se centra, no ya tanto en la explotación de la tierra y el campo,

sino en la vivencia y servicio al lado del señor de Valdecorneja. Son grupos familiares que, asentados en la villa de Piedrahíta, crecieron bajo la influencia de los Álvarez de Toledo, acrecentando su prestigio y patrimonio a su servicio. El ejemplo más claro lo podemos encontrar en la familia Vergas. Este linaje pasó de participar en el regimiento de la villa de Piedrahíta (logrando constituir este oficio como hereditario) a ocupar otros de sus miembros puestos de relevancia dentro de la corte ducal, como recaudador del duque (oficio que aparece detentando Alonso de Vergas en el año 1494), o caballeros de su séquito (situación que ocupan Gonzalo y García de Vergas en el año 1494)¹².

A continuación, incluimos las relaciones exhaustivas de los bienes inmuebles, muebles y semovientes que, formando parte del total de su patrimonio, conceden como donaciones o legados, o quedan sujetos como mandas para la constitución y fundación de la capellanía.

Relación de bienes inmuebles propiedad de Alonso Martín de la Mata y Catalina González, a fecha septiembre de 1521

Inmuebles urbanos:

1. Casas tejadas
 - Casa tejada con corral, horno y caballerizas en Hoyorredondo
 - Casa tejada en Las Casas de la Mata, con su corral, un tinado y horno
2. Casas pajizas
 - Casa pajiza con corral detrás de la casa tejada en el lugar de Las Casas de la Mata
 - Casa pajiza, la más nueva, en Las Casas de la Mata, donada por testamento de Catalina González a María, esposa de Toribio Sánchez
 - Suerte de casas que está en El Castillo, donada por testamento de Catalina González a Juan del Candil
3. Molino
 - Mitad del molino llamado del Prado de la Nava, en la ribera del Corneja, en término de La Horcajada
4. Pajares
 - Pajar al cabo de Las Casas del Camino, donado por Catalina González a su cuñada Mari Mata de las Casas
 - Pajar grande al lugar de encima de Las Casas de la Mata

¹² CALDERÓN ORTEGA, José Manuel. *Documentación medieval abulense...*

5. Corrales de ganado

- Tres corrales juntos, al lugar de encima de Las Casas de la Mata
- Corral que se dice de las Ovejas, en las Las Casas de la Mata
- Corral donde dice los Cerrados nuevos de Las Casas del Camino
- Corral al lugar de la Lancha en La Carrera
- Corral donde dice La Hoyuela
- Mitad de corral que está por bajo de La Almohalla, a este lado del arroyo

Inmuebles rústicos:

1. Prados abiertos o sanjuaniegos

Término de Hoyorredondo

- Prado abierto en la Cañada Comalida, hace cinco peonadas
- Prado abierto a la laguna del Treboloso, hace tres peonadas
- Prado abierto en las Angosturas, hace una peonada. Linda con tierra de D. Antonio de Toledo
- Prado abierto llamado el Pradillo de la Carrera. Hace seis peonadas
- Prado abierto por encima de la laguna, hace dos peonadas

Término de La Horcajada

- Prado abierto al Treboloso, hace una peonada
- Prado abierto al Prado Mayor, que está en la dehesa de La Horcajada. Hace media peonada

Término de La Almohalla, arrabal de Piedrahíta

- Prado sanjuaniego, a los prados Lagunas, hace cuatro peonadas

Término de El Villar de Valdecorneja

- Prado abierto de la Vega Hondonera, en la ribera del Corneja, hace seis peonadas

2. Prados cerrados

Término de Hoyorredondo

- Prado cerrado de Villalobos o Prado Viejo, en la pasada de la Cañada Comalida. Hace media peonada
- Prado cerrado el Charco, entre la pasada de la Carrera al Treboloso y el Arroyo de la Mata. Hace dos peonadas
- Prado cerrado Mayor o el Monte, hace una peonada
- Prado cerrado Elena, encima de La Mata. Hace una peonada y media
- Prado cerrado Portón, encima de Las Casas de la Mata. Hace una peonada y media

- Prado de la Guadaña, linda con cerrado del camarero maestrescuela, vecino de Piedrahíta. Hace media peonada
- Prado cerrado de la Calzada, linda con prado cerrado de la del licenciado Diego de Espinosa, vecino de Piedrahíta. Hace una peonada.
- Prado cerrado de la Era, hace dos peonadas y media. Dona a su hermana Marina la parte del cerrado antiguo y el resto a las Ánimas del Purgatorio
- Prado cerrado en el arroyo de Las Casas del Camino, hace cinco peonadas y media
- Prado cerrado al prado de Las Casas del Camino, hace una peonada
- Prado cerrado Luengo, hace dos peonadas y media
- Prado cerrado al cerradillo de la Cabezuela de Arriba, hace media peonada

Término de La Horcajada

- Prado cerrado de la Nava, frontero, con huerta, linar y molino de la Nava, en la Ribera del Corneja. Hace media fanega de lino de sembradura
- Prado cerrado al Cerradillo Chico, en las Callejuelas, hace peonada y media

Término de La Almohalla, arrabal de Piedrahíta

- Prado Sebastián en La Almohalla, hace una peonada

3. Herrenes

Término de Hoyorredondo

- Herrén (grande), del Roble, en Las Casas de la Mata. Hace una fanega
- Herrén (chica), del Roble, en Las Casas de la Mata. Hace dos celemines
- Herrén en los herrenales de La Mata, en Las Casas de la Mata. Hace una fanega
- Herrén al sitio de La Mata, en el ejido de Las Casas de la Mata. Hace media fanega
- Herrén tras las casas pajizas de Las Casas de la Mata. Antiguamente eran dos herrenes. Hace tres celemines
- Herrén a la acera de Las Casas del Camino, a do dicen Las Casas de Ayuso. Hace media fanega de sembradura
- Herrén de Roque en el Monte de San Andrés de Hoyorredondo. Hace media fanega
- Herrencilla en La Alameda junto al ejido. Hace medio celemin

- Herrén al Hoyo en Las Casillas. Hace una fanega
- Herrén junto a la suerte de casas del Castillo. Hace media fanega
- Herrén en el barrio de Arriba en La Almohalla. Hace media fanega

Término de El Villar

- Herrén al río Corneja en las huertas de Los Álamos, debajo de las pasaderas. Hace una fanega

4. Linares

Término de Hoyorredondo

- Linar cerrado de Los Peguiales, al Arenal, frontero con el arroyo de Ríofraguas. Hace dos fanegas
- Linar cerrado a los prados de Las Casas del Camino. Hace una fanega

Término de La Horcajada

- Linar cerrado al molino del prado La Nava. Hace una fanega

5. Huertos

Término de Hoyorredondo

- Huerto El Cerezo, en Las Casas de la Mata, entre el arroyo y el ejido. Hace tres celemines
- Huerto de Los Rosales, en Las Casas de la Mata, en la parte baja del pueblo. Hace un celemín y medio
- Huerto de El Ciruelo, en Las Casas de la Mata, en la parte baja del pueblo. Hace un celemín y medio
- Huerto de Avenahuelo, en Las Casas de la Mata. Hace un celemín

Término de La Horcajada

- Medio huerto cerrado delante del molino del prado de La Nava. Hace dos celemines

Término de La Almohalla, arrabal de Piedrahíta

- Una suerte en los huertos de Abajo, junto al arroyo. Hace un celemín y medio

Término de El Villar

- Un huerto en los huertos de El Villar. Hace dos celemines

6. Derechos

- Cada año, perpetuamente, doce maravedíes de la renta de la dehesa de El Villar, que se cobran al alcalde del concejo o regidores de dicho lugar
- Derecho a poner el heno en las amealeras de Las Casas de la Mata, como cualquier otro vecino

7. Tierras de sembradura

Término de Hoyorredondo

- Hoja de Las Casas de la Mata
 - Tierra a la charca del Vallejo, sobre Las Casas de la Mata. Hace cuatro huebras
 - Tierra al llano sobre Las Casas de la Mata. Hace tres huebras
 - Tierra a la Peña Zamorana. Hace cuatro huebras
 - Tierra al Vallejuelo. Hace tres huebras
 - Tierra a la Covatilla. Hace una huebra
 - Tierra a los Hitos. Hace media huebra
 - Tierra a la Fuente Vieja. Hace cuatro huebras
 - Tierra a la Hoyuela. Hace cuatro huebras
 - Tierra al Garbanzal. Hace media huebra
 - Tierra a los Robles. Hace dos huebras
 - Tierra al portillo de La Mata. Hace tres huebras
 - Tierra a la Peña Tiñosa. Hace dos huebras
 - Tierra al regajo de Mingo. Hace dos huebras
- Hoja de Las Casas del Camino
 - Tierra a las aceras de Las Casas, por debajo del pueblo. Hace una huebra
 - Tierra El Rigal. Hace una huebra
 - Tierra a La Halconera. Hace una huebra y media
 - Tierra de La Calzada. Hace dos huebras
 - Heredad en Los Poyales. Hace cinco huebras
- Hoja de La Carrera
 - Heredad de Las Lanchas. Hace siete huebras y media
 - Tierra a la fuente de La Carrera. Hace una huebra y media
 - Tierra al Membrillo. Hace media huebra
 - Tierra a la laguna del Treboloso. Hace dos huebras
 - Tierra a la veguilla del Treboloso. Hace dos huebras
- Hoja de Peña Resbaladera
 - Tierra a Las Obispadas. Hace media huebra
 - Tierra en Matacristianos. Hace media huebra
- Hoja de Castillo Bayuela
 - Tierra al río Corneja. Hace cuatro huebras
 - Tierra al Bozunalejo. Hace dos huebras

- Hoja de El Castillo
 - Tierra en las eras de las cañadas de El Castillo. Hace media huebra
 - Tierra a la laguna de El Castillo. Hace una huebra
 - Tierra al Prado Berrocal. Hace dos huebras
 - Tierra a la fuente de El Castillo. Hace dos huebras
 - Tierra a Las Cañadas. Hace dos huebras
 - Tierra troncada a Las Cañadas. Hace una huebra
 - Tierra al arroyo de Las Cañadas. Hace cuatro huebras
 - Tierra sobre Las Cañadas. Hace media huebra

Término de La Horcajada

- Tierra de Navalacruz del Picazuelo, en el monte de La Horcajada. Hace ocho huebras
- Hoja de la dehesa de La Horcajada
 - Tierra de Las Angosturas. Hace una huebra y media
 - Tierra de El Escobarejo. Hace dos huebras
 - Tierra de El Lanchar. Hace dos huebras
 - Tierra al cerrado de Andrés Ruyo. Hace dos huebras
 - Tierra de Las Chevetilas. Hace dos huebras
 - Tierra de El Cerezo. Hace media huebra
 - Tierra de La Calderuela. Hace una huebra y media
 - Tierra de La Calderuela. Hace una huebra
 - Heredad de tierras en El Reguero. Hace cinco huebras
- Hoja de El Treboloso
 - Tierra El Libaejo. Hace dos huebras
 - Tierra de los linajes de Los Pegajones. Hace una huebra

Término de La Almohalla, arrabal de Piedrahíta

- Heredad de Matalobos. Hace diez huebras
- Tierra al llano de La Mesa. Hace cuatro celemines
- Tierra al Zarzalejo. Hace media huebra
- Tierra Matabuey. Hace media huebra
- Tierra a la fuente El Rebollo. Hace un celemín y medio
- Tierra al Prado Laguna. Hace dos huebras

Término de El Villar

- Hoja de la dehesa de El Villar
 - Tierra a las pasaderas. Hace una huebra
 - Tierra Arroyocampo, a las pasaderas. Hace dos huebras
 - Tierra de vega en las vegas de El Villar. Hace tres huebras
 - Tierra a la laguna La Paloma, en la dehesa. Hace una huebra y media

- Hoja de el monte de El Villar
- Tierra a la zarza de El Vallejo, en el monte. Hace dos huebras
- Tierra al Fuentezuelo, en el carrascal. Hace una huebra
- Tierra El Espinillo. Hace media huebra

Relación de bienes muebles donados por Alonso Martín de la Mata y Catalina González, a fecha septiembre de 1521

Ajuar doméstico

- Diez sayas de paño nuevas y de pardillo
- Un camisón
- Dos jubones azules nuevos
- Un capuz de burriel
- Dos mantos prietos
- Vestir por completo a dos niños «de lo que hay por casa»
- Cuatro mantas
- Tres varas de pardillo de mediado
- Seis varas de tela blanca
- Cuatro cabezales
- Vestir la casa de su sobrina María para cuando se case «con lo que haya de casa»

Cereales

- Sesenta y dos fanegas de trigo
- Veintinueve fanegas de centeno
- Una decena de haces de lino «de antaño»

Joyas y ornamentos

- Una cruz de oro
- Una taza de plata para hacer un cáliz

Cantidades en moneda

- Tres ducados
- Doce reales y medio
- Cinco mil trescientos cinco maravedíes

Relación de bienes semovientes donados e inventariados por Alonso Martín de la Mata y Catalina González, en el año 1521

Caballar

- Dos yeguas y un potro

Mular

- Una mula

Vacuno

- Veintisiete cabezas entre yuntas, vacas de cría, eralas, añojos y becerros

Ovino

- Un centenar de cabezas de todos los tamaños

Podemos concluir este trabajo diciendo que la suma patrimonial de los bienes inmuebles se elevaba a un total de ciento veinticuatro propiedades. Ese sumatorio se divide de esta manera en catorce fincas de carácter urbano: dos casas tejadas completas con corral, horno y caballerizas o tinado; al menos tres casas pajizas; medio molino fluvial harinero, situado en la ribera del río Corneja; dos pajares y ocho corrales para el ganado. Además, hay que incluir en este total los bienes de naturaleza rústica que totalizan cincuenta y un peonadas y media de prados cerrados y abiertos (sanjuaniegos); once fanegas, dos cuartillas y dos celemines de sembradura en herrenes, huertos y linares; y, por último, ciento veintiséis huebras y cinco celemines y medio en tierras de sembradura, de pan llevar¹³.

Como consecuencia de lo anterior, podemos considerar que el modelo de propiedad existente, ya en la época en el cuarto de Hoyorredondo, era de tipo minifundista. Existen pequeñas propiedades diseminadas por todo el cuarto, que eran cultivadas por los titulares, propietarios o arrendatarios sujetos a censo. Estos últimos realizaban una contraprestación material, entregando una parte de lo recolectado en concepto de pago del canon o renta. Sin embargo, también se detectan puntualmente propiedades de mayor tamaño que pasan a designar con el término de «heredades».

¹³ Las denominaciones y equivalencias de las medidas que se empleaban en la época variaban sensiblemente de unas zonas a otras dentro del reino de Castilla y, también, de unas comarcas a otras, incluso dentro de un mismo señorío. Partiendo de las indicaciones físicas, límites territoriales y usos y costumbres de la época en el territorio perteneciente al cuarto de Hoyorredondo, tendrían el siguiente valor como medidas de superficie y/o capacidad:

Una fanega: Medida de superficie. Aproximadamente cuatro mil metros cuadrados.

Medida de capacidad. Equivalía en trigo (medida-tipo) a, aproximadamente, cuarenta y tres kilogramos.

Subdivisiones de la fanega: 1 fanega = 4 cuartillas; 1 fanega = 16 celemines.

Una huebra: Superficie que araba una yunta normal durante un día de trabajo. Aproximadamente cuatro mil metros cuadrados.

Una peonada: Superficie que segaba un hombre en un día de trabajo.

El concepto de propiedad individual corre paralelo con el concepto de propiedad señorial¹⁴ (a quien pertenecen los aprovechamientos de cañadas y barreras), y con el concepto de propiedad comunal compuesto por montes, alijares y ejidos, que son zonas de aprovechamiento común. Estas zonas de uso común eran escrupulosamente conservadas y respetadas por todo el colectivo humano, puesto que de su explotación racional vivían muchos campesinos.

Los oficios públicos del cuarto se encargaban del correcto uso de fuentes, montes y ejidos. Los alcaldes, regidores y alcaides, comparten la doble función jurídica de aplicar el Derecho en forma de ordenanzas y provisiones, y también en forma de usos y costumbres¹⁵, por una parte, y por otra, convertirse en el órgano representativo de esa división territorial y administrativa, frente a otros entes jurídicos de carácter superior. Ese ejercicio del Derecho se ejecuta con plena capacidad jurídica ante terceros y con suficiente poder legal como para comprometer recursos humanos, económicos y materiales del cuarto.

La economía territorial se fundamentaba en la explotación racional del entorno: campo, pastos y bosques. Este hecho genera un crecimiento sostenible para un grupo restringido de individuos, teniendo que emigrar el excedente humano hacia otras zonas del señorío que se encontraban en pleno crecimiento y desarrollo¹⁶. Por otro lado, podemos ver que los instrumentos que son fuente de riqueza (como los molinos), se encuentran en manos particulares, y no únicamente en las del señor de Valdecorneja. Aunque no dudamos en ningún momento que, tanto jurídica como fiscalmente, el titular de la nuda propiedad dejara de contribuir al sostenimiento de las arcas señoriales.

Las relaciones jurídico-sociales trascienden más allá del ámbito estrictamente familiar, alcanzando a todo el conjunto humano del cuarto que se ve vinculado (que no sometido), a relaciones de dependencia

¹⁴ El señor de Valdecorneja se reservaba el aprovechamiento de la sierra de La Horcajada, desde el Cerro de La Cruz hasta La Falconera de Hoyorredondo.

¹⁵ El derecho al uso comunal de las amealeras en Las Casas de la Mata, resultaba exclusivo para los habitantes de esa aldea, puesto que al mismo no se podía sumar otra persona que no estuviera vecindada en La Mata. Esa norma no escrita, de origen consuetudinario, resultaba de obligado cumplimiento entre los intervinientes, del mismo modo que los podía vincular el Derecho emanado del señor de Valdecorneja o del rey.

¹⁶ Zona de las cabeceras de los valles altos de los ríos Tormes y Alberche.

originadas por la pertenencia al colectivo que conforma el grupo oligarca. De esta manera se crea una especie de estructura intercelular en la que destacan ciertos grupos familiares, mas estos incluyen dentro de su órbita a distintas agrupaciones humanas de carácter local, independientes jurídicamente, pero dependientes e interrelacionados socialmente, unos con otros, para el resto de cuestiones de la vida diaria.

EL PIANISTA DE LA SONRISA LUMINOSA¹

Miguel Ángel Callejo Sánchez
Magistrado

Juan Agustín Moro Benito (Tinín) nació en el año 1952 en un municipio de la provincia de Salamanca llamado Cubo de Don Sancho, siendo el menor de una familia de seis hermanos, realizando sus estudios de bachiller en el instituto de Salamanca. Concretamente nació en el molino existente junto al río Huebra, que se encuentra a una distancia de unos 2 kilómetros del pueblo.

Formaba parte de una familia con gusto musical pues no fue el único que participó de esta actividad. Tinín aprendió sus primeros pasos en el acordeón de 32 bajos que su padre había comprado para el hermano mayor. También su hermano Manuel fue aficionado a la música y sobre todo otro de los hermanos, Víctor, con el que formó parte posteriormente de un conjunto musical. Tuvo su importancia también en sus inicios musicales el famoso músico Valentín Sánchez, que llegó a Salamanca cuando Tinín tenía 15 o 16 años, habiendo sido expulsado de La Habana (Cuba), y dado su conocimiento como profesor de conservatorio, así como el hecho de ser vecino de vivienda en Salamanca, impartió clases a Tinín especialmente referidas a ritmos, giros de música sudamericana, bolero y cumbia. Todo ello de oído, pues el alumno se resistía a conocer el solfeo y, en definitiva, la clave de sol, los compases, etc.

¹ Agradecimientos: A su hermano Víctor Moro Benito por su principal colaboración en la elaboración del trabajo; Fabián García Velasco; Víctor G. Villarroel y Esperanza López Martín, funcionaria en su día de la Audiencia Provincial de Ávila. Vid. VILLARROEL, Víctor G. *Una historia incompleta del pop y el rock en Salamanca (De 1958 hasta los 80)*. [Salamanca]: Explorafoto, 2008.

Valentín Sánchez le grababa las lecciones en un magnetófono de cintas y Tinín las repetía de oído. De este maestro aprendió que, según la organización de los acordes, se podían obtener resultados muy distintos, por lo que toda su afición era invertir muchas horas junto al teclado, hecho que hay que destacar ya que en la actualidad se adquieren conocimientos en el mismo sentido en los últimos cursos de grado medio y primeros del grado superior.

Consecuencia de lo anterior es que después participó con un grupo de músicos militares todos los jueves y sábados, en un local que existía junto al Círculo Mercantil de la referida ciudad. De allí siempre contaba la anécdota relativa a la pelea que se produjo entre el batería y el saxo de la orquesta, teniendo que intervenir Tinín para separar a ambos. En el Círculo Mercantil se encontraba tocando ese día una orquesta compuesta por miembros de la banda municipal de Salamanca y de la banda militar de la ciudad y confundió el ritmo el batería, de tal manera que el único que tocaba el saxofón se paró de inmediato para increparle por la confusión que había creado en el grupo, dirigiéndose hacia el que tocaba la batería muy enfadado, en tono insultante y con ánimo de agredirle, hasta el punto que Tinín, que entonces tendría 17 años, tuvo que intervenir agarrando al del saxo para apaciguar y evitar la contienda. Hay que señalar que ambas personas ya estaban picadas por hechos sucedidos en anteriores ocasiones. El hecho dio lugar a un cúmulo de risas por parte del público, pues todo ocurrió ante unas 400 personas.

La siguiente etapa musical se desarrolló al lado de su hermano Víctor y consistió principalmente en un acercamiento a la música pop. Debido a que Víctor tocaba en diversas salas de fiestas de Salamanca, y también teniendo en cuenta que en los finales de los años 60 y principios de los 70 era común la formación de grupos para tocar en las fiestas de los pueblos y en las salas de fiestas de la capital, se creyó oportuno la formación del correspondiente grupo musical, camino no fácil, ya que habría que seleccionar a las personas componentes del mismo, así como realizar una mínima inversión en equipamiento, desplazamiento de equipo, organización de actuaciones, etc. No obstante, había una razón esencial para todos los miembros del grupo que, aparte del innato gusto por la música, fue también la necesidad de procurarse unos escasos medios económicos para seguir pagándose los estudios, lo cual era muy loable, pues mientras otros compañeros de carrera se procuraban el sustento anual emigrando al extranjero varios meses en el verano, o bien trabajando en el campo,

mediante este sistema, la propia afición musical le proporcionaría los medios económicos suficientes necesarios para la continuación de la actividad escolar.

A lo largo de la carrera de Derecho, Tinín, a través del grupo Huella y HUVA, en sus distintas formaciones, como luego se expondrá con mayor detalle, realizó dos tipos de repertorios: uno de salsa y otro que se acercaba más a la música pop, todo ello dependiendo, evidentemente, del escenario para el que se tocase. No hace falta apuntar que a medida que el grupo iba fraguándose se iban comprando instrumentos más avanzados, así como las últimas novedades tecnológicas, como órganos con sonido de piano, amplificadores especiales que permitían la emisión de sonido similar al de un órgano de catedral, pudiendo tocar a la vez dos órganos, con las consecuencias favorables que ello conllevaba. Equipo tan complejo que, también hay que decirlo, llegó un momento en que prácticamente no cabía en una furgoneta de las de entonces. Aparte de las mencionadas fiestas, se organizaban los cursos de verano destinados a los americanos que venían a estudiar a Salamanca cursos de español que se desarrollaban en el Casino y que organizaba el catedrático don César Real de la Riva. En todas estas actuaciones Tinín participaba en el grupo Huella tocando el órgano.

Hay que destacar un detalle especial que ha caracterizado desde siempre la personalidad de Tinín y fue el hecho de que a lo largo de su vida trató de evitar al máximo el protocolo, demostrado ello por el dato de que en todas las actuaciones musicales que se desarrollaban en el Casino se exigía ir vestido con traje y corbata y ello sobre todo también para los miembros de la orquesta o el grupo musical, lo que chocaba con los gustos de Tinín, por lo que, al estar prohibido entrar por la puerta principal sin traje y corbata, siempre era necesario buscar una argucia para que Tinín entrara por la puerta de atrás, e incluso por la ventana si lo anterior no era posible.

La anterior conducta se mantuvo también cuando era ya magistrado, pues en unas vacaciones de verano cuando se encontraba en compañía de otro magistrado (Pedro García Garzón) y del abogado Fabi (el Largo), que fue miembro de Huella, no se le permitió la entrada a un Casino de Portugal al no llevar los zapatos adecuados, si bien al final se consiguió el objetivo, pero con la mala suerte de perder todos ellos lo que jugaron.

Prueba de ello son las distintas fotografías en las que los componentes del grupo Huella aparecían vestidos con los atuendos de la época, como pantalones campana, jerséis muy estrechos, melenas, barbas, etc., y la más

significativa es aquella en que aparece Tinín montado en una borriquilla con aguaderas y repleto de carteles por todos los lados con el nombre de Huella y del municipio donde se desarrollaba la actuación: Hervás. Se observa en la expresión de los miembros componentes del grupo la sensación de felicidad propia de aquellas personas veinteañeras cuya misión principal era vivir al lado de la música y sacar unas perrillas para pagarse después del verano la matrícula de Derecho, como fue el caso de Tinín o de otro compañero componente del grupo, Fabián García Velasco, que actualmente ejerce la abogacía en Salamanca y que cuando recuerda aquellos tiempos los evoca como la mejor época de su vida. Todos recuerdan que si era preciso cambiar un examen en el mes de junio o julio había que acudir a hablar con el correspondiente catedrático con el fin de poder tocar en las fiestas de los pueblos (Matilla de los Caños, Vitigudino, Fuentes de San Esteban).

En aquellos tiempos en que no existían subvenciones que llegaran del cielo o en forma de beca o bien en euros y a través de Europa, sino que había que ir a Europa de emigrante para obtener un franco o marco, el grupo musical Huella tampoco se podía permitir el lujo de contratar la mayoría de las actuaciones por un alto o contrato global, sino que el propio grupo cobraba las entradas llevando a una persona que se encargaba de ello (Tito), de tal manera que cuantas más entradas se vendían mayor era el rendimiento, y, evidentemente, no le era indiferente al grupo tocar bien o mal, pues la clientela dependía de ello. La cuestión consistía en llenar las pistas para obtener el máximo rendimiento económico.

Hay que decir que Tinín en la mencionada etapa musical (cuando tenía alrededor de los 20 años) siempre se negó a estudiar música a través de conservatorio, lo que no le impedía improvisar a diario en el piano o bien en el órgano que tenía en casa y dedicarse al jazz, siendo Carlos Cano su verdadera pasión. La música era para él una forma de vivir, de tal manera que cualquier problema, ofuscación o decaimiento se resolvían en una habitación y ante un piano.

Posteriormente acabaría la carrera de Derecho y después aprobaría las oposiciones de judicatura teniendo que tomar posesión en el juzgado de Peñarroya-Pueblonuevo (Córdoba) lo que hizo en el atuendo juvenil que le caracterizaba, de tal manera que ello tanto le chocó al secretario del juzgado que, cuando le conoció y se presentó como juez a tales efectos, antes de que concluyera, el secretario comenzó a reírse.

Con fecha 6 de marzo de 2007 aparecía publicado un artículo del conjunto Huella en el periódico *El Adelanto* de Salamanca de D. Víctor G.

Villarroel relativo a la historia del pop y del rock en Salamanca, que lo tituló «¿Orquesta o grupo?». Huella era, a comienzos de los 70, la alternativa al Grupo 96.

Tal artículo expresa fielmente lo que ocurría en aquella época en Salamanca:

En la década de los 70 se producen grandes cambios en el panorama de lo que se habían denominado conjuntos músico-vocales (a partir de esta época se les llamará grupos).

La más evidente de estas novedades hace referencia a los nombres con que se conoce a cada uno de ellos. Desaparece el artículo de estas denominaciones (por ejemplo, Grupo 96 en lugar de los Rejas). Se esfuman también los trajes yé-yé y las medias melenas y eclosionan los vaqueros gastados y las greñas hippies. Además, los repertorios se van endureciendo con canciones de Led Zeppelin, Deep Purple o Uriah Heep. Todo ello sin dejar de interpretar versiones de canciones de moda y música de baile, imprescindible si se desea actuar por los pueblos. Huella es un conjunto que sufre una evolución similar, ya que aparece como orquesta de baile que, poco a poco, se transforma en grupo de rock.

Una orquesta comercial

Hacia finales de 1971, Víctor y Tinín Moro –miembros de una familia muy musical, natural de El Cubo de Don Sancho– deciden formar un grupo que les permite financiar sus respectivas carreras. Desde los catorce años Víctor, estudiante de violín, ha sido bajista en la orquesta del Atenas. Tinín, alumno de la Facultad de Derecho, se ha negado a estudiar solfeo, pero ha recibido lecciones del Manolo Moro, también hermano suyo y pianista de primera línea, así como de Valentín Sánchez, regresado de Cuba, ex profesor del Conservatorio de La Habana y experto en ritmos caribeños.

Víctor, gran descubridor de talentos, ficha a Mariano Iglesias, cantante de un grupo adolescente llamado los Ekos, así como a Pepe Marsán, batería no menos bisoño. Se suma también a Agapito, excelente trompetista con edad suficiente para ser el padre de cualquiera de los otros. Esta poco usual formación, denominada Huella, se hace con un primer equipo (una simple etapa de potencia conectada a un altavoz que les monta Manolo Iglesias, un pequeño órgano Farfisa de color rojo, un bajo Hofner y una batería Honsuy), y comienza a interpretar pasodobles, cumbias, cha-cha-chas y jotas por pueblos como Hinojosa de Duero, Vitigudino, Ciudad Rodrigo, etcétera.

Tras algún tiempo en este plan, Tinín va poniendo sobre el tapete sus aspiraciones a interpretar cosas más modernas, un empeño en el que le apoya el batería Pepe. Consecuencia de ello es la inclusión de instrumentales como Soul Limbo, de Broker T.& MGS, que se añadió a algunas canciones melódicas, ideales para Mariano. Hubo que esperar algún tiempo para introducir temas más rockeros.

La ocasión llegó un par de años después, época en que Mariano se fue para fundar Índice, al tiempo que a Pepe le salió un contrato en Marruecos.

Para sustituir a este último entró un batería de 17 años al que Víctor descubrió en un festival de los Salesianos. El bisoño intérprete era nada menos que Paco García –ahora famoso–, «era un diamante en bruto, un fenómeno a quien solamente había que enseñar a tocar pasodobles para llevarle ante cualquier público», asegura Víctor.

En un tiempo record aprendió esos ritmos y muchos más. En este empeño contó con la inestimable ayuda de Faby el Vele, entonces batería de Los Flamigos.

Por el camino del rock

Para sustituir a Mariano se recurrió a Ángel Ongay, ex miembro de la Coral Salmantina, de grupos como Folk 70, de la versión local de ¡Viva la Gente!, etcétera. Además se incorporó Paco, apodado Winter, o el Extremeño, ex guitarrista del grupo de folk Al Andalus. Agapito, por su parte, acabó dejando un grupo demasiado roquero para su gusto y edad. Así que, en esta etapa –la mejor– Huella desarrolla dos repertorios: Uno, para jóvenes, a base de canciones de Santana, Premiata Forneria Marconi, Elton John, etcétera, y otro, para pueblos y salas de fiestas, a base de música de baile.

El grupo aún conoció otra formación. A Ángel Ongay, que se fue a tocar a Suiza, Austria y Alemania, le sustituyó Domingo, una voz roquera a lo Elvis. Finalmente se fueron los dos Pacos (García se incorporó al Grupo 96). Además, hacia el año 74, Víctor se va a estudiar música a Hamburgo y allí coincide con Ángel García Arnés, alias Chin, teclista de los Vanadiors.

Estos hechos, junto al servicio militar de varios de ellos, hacen que miembros de ambas formaciones toquen juntos, como Grupo Huva (de Huella y Vanadiors). Acompañan también a Teyo, excantante del Grupo 96. Incluso llegan a actuar con dos baterías (Faby el Vele y Faby llamado el Largo).

Se disuelven definitivamente a principios de los 80. Hoy en día Paco García es uno de los baterías más reputados de España. Ha pasado por grupos como Eva Rock, Coz o la Orquesta Mondragón, acompañó a casi todos nuestros cantantes (Serrat, Moncho, Alpuente, Sabina, Ismael Serrano, Ana Belén, etcétera). Incluso ha interpretado jazz con artistas de la talla de Pedro Itrurralde. Víctor Moro, por su parte, es administrador de la Joven Orquesta de Salamanca y profesor de viola del conservatorio de Ávila. Domingo es Policía Nacional, Mariano y Ángel Ongay continúan en el mundo de la canción. Faby el Vele ejerce como abogado. Por último Faby El Largo, letrado también, murió de un cáncer al igual que Paco Winter. Aún más trágico fue el destino de Tinín que, tras haber sido el juez más joven de España, fue asesinado en Ávila en los años noventa.

Dicho trabajo aparece publicado también en el libro de D. Víctor G. Villarroel, *Una historia incompleta del pop y el rock en Salamanca*, comprendiendo el periodo de 1959 a 1980 donde se encuentra relatada la historia de cada uno de los grupos musicales en tales años.

A lo largo de su historia el conjunto Huella superó varias transformaciones, siendo las más señaladas las siguientes formaciones:

1. Primera formación de Huella: Tinín, Mariano, Víctor y Pepe.
2. Segunda formación: Paco García, Agapito, Ángel Ongay, Tinín y Víctor.
3. Etapa roquera: Tinín, Domingo, Paco Winter, Paco García y Víctor.
4. Con dos cantantes: Domingo, Tinín, Paco Winter, Faby el Vele, Víctor y Teyo (ex Grupo 96).

Tanto en el artículo periodístico como en el libro citado se publican una serie de fotografías de los distintos componentes del grupo en cada una de las cuatro formaciones, con ropa de los años 70, pelo largo, pantalones de campana, chaquetas ajustadas, etc.

En el libro *Historia de la música moderna salmantina*, del autor Juan Mari Montes, aparece la participación del grupo Huella en mayo de 1972 en el teatro Juan del Enzina de Salamanca con otros grupos como Al-Andalus, Fol. 70, José María Casas, Tentativas, Mario o Doble Imagen.

También compitió Huella el 11 de diciembre de 1971 con otros grupos en un certamen en el salón de actos de los salesianos de Salamanca, como los Astros, Maxter's Show Zoltec, Cámara YaKy y Cáncer, quedando Huella en primer lugar.

Del mismo modo participaron días más tarde con otros grupos en la Escuela de Maestría de Salamanca.

En el mismo sentido participaron Huella, Los Soles, Grupo 96, etc., en el homenaje dado a Fabián S. Redondo en diciembre de 1992.

Paco García, miembro del grupo musical, define del siguiente modo el pensamiento y sentimiento musical de Tinín:

Ante todo, Tinín fue músico. Hay quien asegura incluso que, pese a su indiscutible prestigio como miembro de la Judicatura, la música fue su profesión y el Derecho su hobby. A fin de cuentas, las leyes fueron una vocación sobrevenida, mientras que su ADN estaba poblado de melodías. La afición le venía de su padre, quien, antes que él viera la luz, adquirió una gramola que, cada noche llenaba de música su casa natal, sita en localidad salmantina de Cubo de don Sancho.

Siempre me acordaré de su capacidad para interpretar los acompañamientos neocaribeños de Gregg Rollie, organista de Santana. En mi carrera posterior he tocado junto a los mejores, y te aseguro que la capacidad rítmica de Tinín es absolutamente infrecuente. Fue una auténtica gozada tocar con él. Hablábamos el mismo lenguaje, el del ritmo. Siempre recordaré su sonrisa, la carilla de complicidad con que me miraba mientras actuábamos, y añade: No solamente nos entendíamos en el ritmo y yo me llevaba con él como con ningún otro miembro del grupo. Llegamos a ser verdaderos amigos, era una persona excepcional. Nunca olvidaré que él y su hermano me dieron mi primera oportunidad profesional cuando yo no era más que un crío que apenas empezaba a tocar.

Tinín continuó tocando en público cuando ya era juez, siendo la última vez que actuó en público la que se efectuó en el homenaje a Fabián Sánchez Redondo, miembro del grupo que había fallecido poco tiempo antes, no pudiendo participar, a consecuencia del fatal desenlace, en el segundo homenaje que organizó José Luis Hontiveros, último guitarrista

de Huella, y ello a pesar de que se habían efectuado ya todos los preparativos previos a la actuación.

Como hemos señalado anteriormente Tinín aprobó las oposiciones de juez, continuando durante toda su vida relacionado con el mundo musical, ya que la judicatura sólo fue eso: un trabajo a desarrollar por una persona amante de la música. A continuación se transcribe literalmente el texto que redactó para su toma de posesión en la Audiencia Provincial de



Juan Agustín tocando el piano, su afición favorita.

Ávila, el día 22 de mayo de 1990, y que refleja su gran humanidad que luego fue demostrada a lo largo de los días que prestó sus servicios en tal puesto de trabajo:

El órgano de gobierno de la judicatura me ha dispensado una consideración singular al elegirme presidente de esta Audiencia. Por ello quiero expresar el más profundo agradecimiento a todos y cada uno de los miembros del Consejo General del Poder Judicial.

Resulta estimulante y grato que los demás vean en uno méritos y virtudes que uno no ve en sí mismo.

A mi juicio, soy un jurista que ha trabajado mucho para llegar a un grado de formación no superior al normal de cualquier magistrado que lleva once años en la carrera judicial.

Sin embargo, debo reconocer en honor a la verdad que en todos mis anteriores destinos: Juzgado de Toro, Audiencia de Girona y Audiencia de Palencia, he sido sorprendido por la generalizada y firme estima social, no sólo en la vertiente personal sino también a la hora de valorar mi modesta cultura jurídica.

Y el hecho de haber asumido plenamente las competencias civiles desde la entrada en vigor de la Ley de Demarcación y de Planta Judicial, han sido las razones principales de mi traslado. Podré colaborar al estudio de los asuntos con la tranquilidad que exige mi forma de ser y de trabajar.

Al mismo tiempo, aquí es factible sustanciar y resolver los pleitos y causas penales con la celeridad legalmente prevista. Además, ese discreto volumen de asuntos me permitirá profundizar en el conocimiento del Derecho, sobre todo, del recientemente promulgado. Lo que es esencial si tenemos en cuenta que vivimos uno de los momentos de la Historia de España más prolíficos en renovación legislativa.

El juez necesita varias horas diarias, al margen de su trabajo de oficina, para estudiar y reflexionar acerca de las múltiples cuestiones que suscitan las frecuentes reformas del ordenamiento jurídico.

No es fácil actualmente ejercer en un órgano que haga viable esa forma de vida profesional. Lo mismo acontece en la mayor parte de los oficios distintos al nuestro. Y es que, a pesar de ser, por naturaleza, víctimas del tiempo, tal vez nunca hayamos acusado tanto esa dependencia como ahora.

La vida discurre inmersa en un ritmo trepidante. Las prisas y el agobio parecen haberse adueñado del mundo, propiciando un estado de insensibilidad y agitación.

Este clima no es el más aconsejable para ocupaciones como la nuestra, indefectiblemente ligada al sosiego, pues así lo exigen las graves consecuencias que se derivan de las resoluciones judiciales y la complejidad e importancia de los intereses y derechos afectados.

A mi modo de ver, nada bueno se conseguirá para la Justicia interponiendo la celeridad a la seguridad, sin la inevitable armonización de estos principios en el seno de un sistema inspirado por expreso mandato constitucional en la Justicia, la libertad e igualdad, que representan los valores supremos del Estado de Derecho y del ordenamiento jurídico.

Entre mis planes personales y profesiones figura el deseo de integración social como un abulense más.

Si el Tribunal tiene que interpretar la Ley según la realidad social, los jueces no podemos permanecer al margen de esta. Para ello, salvo en el ejercicio estricto de las funciones oficiales o jurisdiccionales, reclamo el mismo tratamiento que cualquier otro ciudadano, con plena independencia de mi cargo.

La misma sencillez me gustaría que impregnase las relaciones de los compañeros, entendiendo por tales a todas las personas que de cualquier forma colaboran en el ejercicio de la jurisdicción. Cada uno tenemos asignadas unas competencias, y desde el escrupuloso respecto a las mismas, es absolutamente necesario llevarnos bien. Sin crear frías ni artificiosas distancias que proceden más del miedo al superior que del respeto y la correcta disciplina.

El ejercicio de esta presidencia y mi condición de miembro de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior, espero influya favorablemente para el análisis y sea adecuada respuesta a las deficiencias de la Justicia en Ávila. Seré portavoz directo de todos los problemas que deban tratarse en dicho órgano. Y, desde luego, me comprometo a promover, si fuere preciso, una solución puntual de cuantos temas sean de la competencia exclusiva de la Sala de Gobierno.

Sepan que me tienen a partir de hoy a su entera disposición, y que pondré el mayor empeño y esfuerzo al servicio de la Justicia en Ávila.

Posteriormente, tras casi tres años de presidente de la Audiencia Provincial, fallecería en la forma en que todos conocemos, un 26 de febrero de 1993, en las puertas de la Audiencia Provincial de Ávila, su lugar de trabajo.

Prueba de la estima que le dispensaban los funcionarios que con él trabajaban, también se expone a continuación la carta emotiva escrita por una funcionaria de la Audiencia de Ávila, Esperanza López Martín y que fue publicada en el *Diario de Ávila*:

A don Agustín Moro Benito.

Llegó a nosotros con una ancha sonrisa y su piano.

Siempre el funcionario, cuando llega un nuevo jefe, aúna expectación y prejuicios. Cuando le vimos tan joven, con su aire de chaval sonriente, cordial y desenfadado, no le concebíamos metido en una toga. Pensábamos que era lo más atípico en presidentes que podía habernos tocado. Y siguieron nuestras elucubraciones sobre lo ancha que le venía la presidencia de nuestra Audiencia.

Cuando pronunció su discurso el día de la toma de posesión nos empezó a ganar por la exposición llana y humilde de sus proyectos. Dijo que venía a aprender de todos, cuando su trayectoria profesional en la Justicia era meteórica. Que quería ser amigo de todos. Y, poco a poco, a medida que se iba rompiendo el hielo de lo desconocido, fuimos descubriendo la humanidad de este hombre asequible, cordial, alegre, que disfrutaba a la hora de tomar un pincho con sus funcionarios como un chiquillo.

Era un jefe exigente porque quería un trabajo concienzudo y bien hecho; pero hasta en esto se traslucía su humanidad cuando nos decía que detrás del número de cada recurso de apelación había seres de carne y hueso y que, pensando en esas personas, trabajaríamos con celo y con esmero. Él siempre predicaba con el ejemplo, pasándose largas horas en el despacho repasando minuciosamente cada trabajo realizado. No perdonaba ni un acento ni una coma fuera de lugar. Exacto en todo.

Después, cuando cruzaba con nosotros el portón de la Audiencia, era simplemente Juan, uno más entre nosotros, el más alegre de los contertulios en cualquier reunión en la que sonaban sus carcajadas con las de cualquier chiquillo feliz. Y como coincidíamos en nuestros gustos literarios, hablábamos de Lorca, Miguel Hernández y León Felipe.

Efectivamente, era un presidente atípico, antiprotocolario, antipresidencia. Nunca la quiso en los banquetes serios. Estábamos acostumbrados a la distancia presidente-funcionario y aquello nos dejaba perplejos. Estábamos acostumbrados a tener que esperar en una antesala a que algunos de sus antecesores nos recibieran para poderles felicitar la Navidad. D. Juan Moro, Juan, nos llevaba a su casa, nos invitaba a lo que en su casa había, y nos daba un concierto de piano con el repertorio para todos los gustos. Lo hacía bien.

Recuerdo aquel sábado de mi guardia, cuando él en su casa, aprovechando el poco tiempo de ocio que tenía, tocaba al piano "MEMORY" con la calidad y calidez que armonizaba con el sol otoñal que entraba por las vidrieras de la galería de la Audiencia: ¡Qué gozada de guardia!

Se enamoró de Ávila. Recorría en solitario sus rincones para paladearlos mejor con su sensible alma de artista. Le gustaban sus gentes entre las que enseguida tuvo amigos, y fue el mejor amigo para todos.

Su último día celebramos cualquier cosa y sacamos unos pinchos como tantas veces. Estuvo con nosotros como siempre; le vimos disfrutar de nuestra compañía como siempre. Comió, bebió, rió, bromeó [...].».

También el que escribe estas líneas conoció a Tinín ya que compartió clase de Derecho en la misma facultad de Salamanca, formando parte de la misma orla, conociendo a los mismos profesores, por lo que, al igual que otros muchos compañeros como su queridísimo amigo, también magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid, Rafael Mozo Muelas, Paco Pérez Pablos, abogado, y otros muchos, siempre le recordaremos sentado en quinto de Derecho en la última fila de la clase con el fin de no llamar la atención y de observar lo que sucedía delante.

Como señalaba Aristóteles en su libro *La gran moral*, el hombre que se presenta digno y grave es digno de estimación, porque ocupa el medio entre los extremos, y amar vale más que ser amado porque amar es un acto de placer y un bien, mientras que, por mucho que uno sea amado, no resulta de esto ningún acto de parte del ser amado; el que ama hace el bien en el hecho mismo de amar: la justicia y la amistad son hasta cierto

punto idénticas, o por lo menos muy próximas. Los que conocieron de cerca Tinín saben que tales virtudes le caracterizaban.

Uno de los miembros del grupo musical, Paco García dijo: «cuando pienso en Tinín lo primero que me viene a la mente es su sonrisa, su maravillosa sonrisa de hombre bueno, una sonrisa que lo iluminaba todo».

LA PRUEBA PERICIAL EN EL PROCESO PENAL

María Teresa del Caso Jiménez

Magistrada

Miembro colaborador de la Institución Gran Duque de Alba

Es para mí un honor colaborar en este homenaje a Juan A. Moro, una persona a la que tanto admiré, fue mi primer preparador y me inició en el camino de la Justicia, con enseñanzas que siempre he tenido presentes en el ejercicio de mi profesión. Su sencillez, su humanidad, su amor por la Justicia y su preocupación por proteger a las víctimas y a los más débiles, han marcado a muchas de las personas que tuvimos la suerte de conocerle.

1. La prueba pericial en el proceso penal

1.1. Definición y naturaleza

La prueba tiene como finalidad la demostración de la verdad, a través del convencimiento del juez, quien a la hora de sentenciar necesita adquirir plena certeza. Por ello, los medios o instrumentos probatorios que se emplean en el proceso penal, y entre ellos la pericia, tienen que demostrar, o más bien, mostrar, la verdad o realidad de unos hechos pasados, cuyo autor trata de ocultar.

Los peritos son terceras personas con conocimientos especializados llamados al proceso para aportar un conocimiento especial, que al juez le falta o puede faltarle, necesario para la percepción y apreciación de hechos que no pueden captarse sin tal saber especial, y con tales hechos no entra en contacto el perito sino en virtud de su llamada al proceso (Gómez Orbaneja).

La prueba pericial, pues, es la que se puede emplear para conocer un hecho para cuya apreciación se requieran unos conocimientos científicos, artísticos... (artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: «El juez acordará el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos»). Por lo que en aquellos casos en los que se practique dicha prueba sólo cabe concederle valor como tal a la parte del informe que contenga la información científica o artística, pero no a aquella otra parte del dictamen en la que el perito se limita a expresar o exponer hechos que ha presenciado u oído y para los que no se necesitaban aquel tipo de conocimientos al quedar fuera de la esfera del referido medio probatorio.

El objeto del dictamen pericial puede ser muy variado. Los supuestos más normales son los referentes a la tasación de los efectos sustraídos o daños causados; determinación de la naturaleza de la droga tóxica o estupefaciente intervenido, el grado de pureza de la misma y su mayor o menor nocividad respecto de la salud humana; reconocimientos médico-psiquiátricos encaminados a fijar el estado de las facultades intelectivas o volitivas de la víctima, o del presunto culpable, con la finalidad de precisar si es plenamente imputable o tiene anulada o disminuida su responsabilidad criminal al carecer, total o parcialmente, de discernimiento; informes médico-forenses y toxicológicos sobre las causas de las muertes sospechosas de criminalidad, analizando la etiología de las heridas que presenta el cadáver y su relación de causalidad con el fallecimiento, posible tipo de armas empleado y con causas que hayan podido concurrir en la producción del resultado letal acaecido, así como aquellas circunstancias personales que haya de reunir el sujeto activo de la agresión que pudieran facilitar su identificación o la exclusión de un sospechoso; los informes caligráficos en los delitos falsarios y estafas, así como los dictámenes contables en los delitos de carácter económico, etc.

En cuanto a su naturaleza, se ha discutido doctrinalmente si la pericia constituye un auténtico medio de prueba o un elemento auxiliar del juez en la investigación del hecho delictivo; parece claro que es un medio de prueba cuando se ha practicado en el acto del juicio oral, y en la fase de sumario o instrucción un acto de auxilio judicial para suplir la ausencia de conocimientos científicos o culturales del instructor, y que sirve para constatar una realidad no captable directamente por los sentidos en contraste con la prueba testifical y la inspección ocular (esto en cuanto a

la naturaleza, sin perjuicio, como veremos, del valor que la pericia practicada en la fase de instrucción pueda tener cuando no pueda reproducirse en el juicio oral o sea aceptada).

1.2. Clases

En primer lugar la pericia puede realizarse a instancia del instructor o a instancia de las partes del proceso, si bien en este caso ha de ser judicialmente declarada pertinente. En este sentido el Tribunal Constitucional (sentencias 168/2002, de 30 de septiembre; 133/2003, de 30 de junio; 165/2004, de 4 octubre; 129/2005, de 23 de mayo; 238/2006, de 17 de julio, entre otras) ha señalado que:

Sabido es que el apartado segundo del artículo 24 CE, al reconocer como derecho fundamental el derecho a la prueba, no lo consagra con carácter absoluto, entendido como un «hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino limitado por la pertinencia de los medios de prueba propuestos o, lo que es lo mismo, por la necesaria relación que ha de existir entre la prueba solicitada para esclarecer el hecho controvertido por las partes y el thema decidendi. Es preciso, además, que la prueba se haya propuesto en el tiempo y en la forma legalmente previstos, siendo sólo admisibles los medios de prueba autorizados por el ordenamiento. Corresponde a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de los medios de prueba propuestos por las partes».

Otra distinción es la que se refiere a que los «peritos pueden ser o no titulares». Son peritos titulares los que tienen título oficial de una ciencia o arte, cuyo ejercicio esté reglamentado por la Administración. Son peritos no titulares los que, careciendo de título oficial, tiene, sin embargo, conocimientos o práctica especiales en alguna ciencia o arte (art. 457 LECrim.).

El juez se valdrá de peritos titulares con preferencia a los que no tuviesen título (art. 458 LECrim.).

Los peritos designados por la Administración pueden estar:

- a) Adscritos a un juzgado o juzgados y contratados directamente o pertenecientes a un cuerpo especial encuadrado en el Ministerio de Justicia;
- b) o ser miembros de un colegio profesional y adscritos al servicio para prestar la pericia que sea interesada.

En este sentido la disposición adicional primera de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el punto tercero establece que:

Las Administraciones Públicas y los Colegios Profesionales facilitarán periódicamente a las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia, a la Policía Judicial y a las distintas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad una relación de los servicios de intérpretes, peritos y técnicos a disposición de los servicios de guardia.

En cuanto al número de peritos necesarios, la Ley de Enjuiciamiento hace una distinción:

En el caso del sumario el artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige que la pericia la realicen dos peritos, por lo general, a menos que no hubiese más de uno en el lugar y no fuere posible esperar la llegada de otro sin graves inconvenientes para el curso del sumario.

En el procedimiento abreviado, en la fase de diligencias previas El artículo 778.1 señala que «el informe pericial podrá ser prestado solo por un perito cuando el juez lo considere suficiente», y el artículo 788.2, en relación al juicio oral, que «el informe pericial podrá ser prestado solo por un perito». Lo que también es aplicable al procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, pues aunque no hace referencia al número de peritos, según el artículo 795.4:

En todo lo no previsto expresamente en el presente Título se aplicarán supletoriamente las normas del Título II de este mismo Libro, relativas al procedimiento abreviado.

Deberá entenderse en ambos casos que el perito a que se refiere la norma es el perito que nombra el juez.

Una cuestión que se ha planteado en la doctrina, se refiere al número de peritos que deben emitir la pericia. Las sentencias del TS 1781/2001, de 5 de octubre; 21/2002, de 15 de enero; 779/2004, de 15 de junio; 537/2008, de 12 de septiembre; 106/2009, de 4 de febrero; y 117/2010 de 7 de diciembre, «sobre el número de peritos que han de emitir los informes periciales» establecen que, pese al tenor literal del artículo 459 de la LECrim. —«se hará por dos peritos»—, la duplicidad de informantes no es esencial, y que tal requisito se considera cumplido cuando el informe ha sido elaborado por un equipo de un centro oficial.

Prosiguen diciendo las referidas sentencias que:

[...] conviene tener presente, en fin, que si la validez de una prueba pericial, su adecuación a las exigencias de un proceso justo, se explicara a partir de un entendimiento puramente cuantitativo que atendiera exclusivamente al número de peritos que hubieran participado en la elaboración del informe, nos veríamos obligados a aceptar que el procedimiento abreviado se aparta de los requerimientos constitucionales, en la medida en que acepta el dictamen pericial suscrito por un único perito (artículo 778.1 LECrim.). En definitiva, la validez de la prueba, su virtualidad para desplazar la presunción de inocencia, mira más que a la concurrencia numérica de los expertos, al respeto a los principios de contradicción y defensa, verdaderas fuentes de legitimación del proceso penal.

La exigencia de dualidad de perito en cada dictamen pericial obedece a la mayor garantía de acierto que representa la posible coincidencia de pareceres de dos peritos frente a la opinión única, pero la finalidad de la norma queda satisfecha en el caso de dictámenes periciales emitidos por órganos oficiales dotados de equipos técnicos altamente cualificados integrados por distintos profesionales que intervienen como tales participando cada uno de sus miembros en el trabajo común dentro de la división de tareas o funciones. En tales casos, el mero dato formal de estar suscrito el informe por uno solo de los profesionales del equipo no puede ocultar el hecho real de que el dictamen no es obra de un solo perito, sino del trabajo de equipo normalmente ejecutado según procedimientos científicos protocolizados en los que intervienen varios expertos, desarrollando cada uno lo que le compete en el común quehacer materializado por todos (SSTS 806/1999, de 10 de junio; 1642/2000, de 23 de octubre; 1255/2002, de 4 de junio; y 339/2013, de 20 de marzo).

El nombramiento del perito o peritos se hará saber al interesado o interesados por medio de oficio que será notificado con las mismas formalidades prevenidas para la citación de testigos (artículo 460 de la LECrim.) y que se contempla en el artículo 175.

En caso de urgencia, podrá hacerse el llamamiento verbalmente de orden del juez, haciéndolo constar así en autos (artículo 461 de la LECrim.).

1.3. El procedimiento probatorio de la pericia

Se halla regulado en los artículos 466 y siguientes, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el ámbito del proceso ordinario, que tienen el carácter de normas comunes, y se aplican con carácter supletorio.

Como quiera que en el proceso penal se pretende descubrir la verdad real, o material, teniendo presentes una serie de valores, además, que exigen una pronta solución del problema (derechos de la víctima, derecho a un proceso sin dilaciones indebidas...), el juzgador debe acoger como pertinentes aquellos medios que contribuyan a la exteriorización de la verdad material, a propuesta de parte o de oficio, de modo que su convicción coincida o pueda coincidir con lo realmente acontecido (SSTS 24 de junio de 1991, 18 de octubre de 1995).

En cuanto al perito como tal, la pericia es para él un deber.

Nadie podrá negarse a acudir al llamamiento del juez para desempeñar un servicio pericial, si no estuviere legítimamente impedido (art. 462

de la LECrim.), en este caso deberá manifestarlo el designado en el momento de recibir el nombramiento.

El cargo de perito es obligatorio en el proceso penal, como una manifestación de lo previsto en el art. 118 de la Constitución Española, por el que es obligado cumplir la sentencia y demás resoluciones firmes de los jueces y tribunales, así como prestar la colaboración requerida por los jueces y tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto. En este sentido el artículo 463 LECrim. establece que:

El perito que, sin alegar excusa fundada, deje de acudir al llamamiento del juez o se niegue a prestar el informe, incurrirá en las responsabilidades señaladas para los testigos en el artículo 420; el párrafo primero de este artículo 420, en la redacción dada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, señala que, el que sin estar impedido no concurriera al primer llamamiento judicial, o se resistiere a declarar lo que supiese acerca de los hechos sobre que fuera preguntado (salvo las excepciones previstas en la Ley), incurrirá en la multa de 200 a 5.000 euros, y si persistiere en su resistencia será conducido en el primer caso a la presencia del Juez instructor por los agentes de la autoridad, y perseguido por el delito de obstrucción a la justicia tipificado en el artículo 463.1 del Código Penal, y en el segundo caso será también perseguido por el de desobediencia grave a la autoridad.

El Ministerio Fiscal, como parte que es, va a poder intervenir en la prueba que se practique, y por supuesto en la pericial, puede solicitarla, y practicar diligencias por sí para el esclarecimiento de los hechos e instar a la Policía Judicial a ella (art. 3 Estatuto Orgánico).

En cuanto al abogado, su deber es procurar traer el material exculpatorio (o inculpatario si es acusación) al proceso. Como parte que es en el proceso podrá intervenir en las pruebas, instarlas y alegar lo que estime oportuno sobre las decisiones del juez aceptando o rechazando las pruebas.

1.3.1. La pericia en la fase instructora

Establece el art. 475 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que el juez manifestará clara y determinadamente a los peritos el objeto de su informe. El juez deberá facilitar a los peritos los materiales necesarios para practicar las diligencias que se les encomiende (art. 485 de la LECrim.), debiendo los peritos realizar las operaciones que sean necesarias para dar dictamen, y hecho el reconocimiento, podrán aquellos, si lo pidieren, retirarse por el tiempo absolutamente preciso al sitio que el juez señale para deliberar y redactar conclusiones; si necesitaran descanso, el juez podrá concederles para ello el tiempo necesario, pudiendo suspender las diligencias hasta otra hora u otro día, cuando lo exigiere su

naturaleza, adoptándose en este caso las precauciones convenientes para evitar cualquier alteración en la materia de la diligencia pericial (artículos 481 y 482 de la LECrim.).

El acto pericial será presidido por el juez instructor, debiendo asistir siempre el secretario que actúe en la causa (artículo 477 de la LECrim.).

El informe pericial comprenderá si fuere posible (artículo 478 LECrim.):

- 1.º Descripción de la persona o cosa que sea objeto del mismo, en el estado o modo en que se hallen.
- 2.º Relación detallada de todas las operaciones practicadas por los peritos y de su resultado.
- 3.º Las conclusiones que, en vista de tales datos, formulen los peritos, conforme a los principios y reglas de su ciencia o arte.

El juez podrá, por su propia iniciativa, o a petición de las partes presentes o de sus defensores, hacer a los peritos, cuando produzcan sus conclusiones, las preguntas que estimen pertinentes y pedirles las aclaraciones necesarias, considerándose las contestaciones de los peritos como parte de su informe (artículo 483). Si los peritos estuvieren discordes, y su número fuere par, nombrará otro el juez; con intervención del último nombrado se repetirán, si fuera posible, las operaciones que hubieren practicado aquellos, y se ejecutarán las demás que parecieren oportunas; pero, si ello no fuere posible, la intervención del perito últimamente nombrado se limitará a deliberar con los demás, con vista de las diligencias de reconocimiento practicadas, y a formular luego con quien estuviere conforme, o separadamente, si no lo estuviere con ninguno, sus conclusiones motivadas (art. 484).

En el procedimiento abreviado ya hemos visto que el informe pericial podrá ser prestado sólo por un perito cuando el juez lo considere suficiente, así lo dice el artículo 778 en su párrafo primero de la LECrim.

Este mismo artículo en el párrafo tercero dispone que:

El juez podrá acordar, cuando lo considere necesario, que por el médico forense u otro perito se proceda a la obtención de muestras o vestigios cuyo análisis pudiera facilitar la mejor calificación del hecho, acreditándose en las diligencias su remisión al laboratorio correspondiente, que enviará el resultado en el plazo que se le señale.

Con anterioridad a la Ley 38/2002, esta facultad se recogía en el artículo 785.8, apartado e), con la única diferencia de que en este precepto se especificaba que el laboratorio debía enviar el resultado en un plazo no superior a cinco días, y ahora hemos visto que se hará en el plazo que se le señale.

En el procedimiento de enjuiciamiento rápido para determinados delitos:

Actuaciones de la Policía Judicial:

Por lo que aquí interesa, la misma proveerá a la formación de informes periciales:

- a) Informe sanitario: Solicitará del facultativo o del personal sanitario que atienda al ofendido copia del informe relativo a la asistencia prestada, que unirá al atestado policial. La posibilidad de recurrir a cualquier clase de facultativo o personal sanitario tiende a prevenir situaciones probables de escasez o ausencia de medios, principalmente humanos, por la amplia y necesaria dotación de éstos puestos a disposición de la Policía Judicial.
- b) Médico forense: En el supuesto de que la persona que tuviere que ser reconocida no pudiera desplazarse al juzgado de Guardia dentro del plazo de duración de su servicio de guardia, solicitará la presencia del médico forense. Esta posibilidad responde a razones de índole organizativas, a una mejor realización de las actuaciones periciales del médico forense, y a una mejor identificación de los laboratorios oficiales que pueden realizar análisis de sustancias. La disposición adicional primera de la Ley 38/2002, apartado 1.b), dispone que el gobierno adecuará la estructura del Cuerpo Médico Forense a las previsiones de la Ley (habrá un médico forense en los servicios de guardia).
- c) Análisis de sustancias por Instituto de Toxicología: Remitirá al Instituto de Toxicología, al Instituto de Medicina Legal o al laboratorio correspondiente las sustancias aprehendidas cuyo análisis resulte pertinente. Estas entidades procederán de inmediato al análisis solicitado y remitirán el resultado al juzgado de guardia por el medio más rápido y, en todo caso, antes del día y hora en que se hayan citado al denunciado, testigos, ofendidos, perjudicados.
- d) Análisis de sustancias por la propia Policía: Cuando la Policía tenga la certeza de que el informe del Instituto de Toxicología no llegará al juzgado de guardia dentro del plazo necesario, la Policía Judicial podrá practicar por sí misma dicho análisis, sin perjuicio del debido control judicial del mismo.
- e) Control de alcoholemia: La práctica de los controles de alcoholemia se ajustará a lo establecido en la legislación de seguridad vial. No

obstante, cuando se practicare un análisis de sangre u otro análogo, se requerirá al personal sanitario que lo realice para que remita el resultado al juzgado de Guardia por el medio más rápido y, en todo caso, antes del día y hora de la citación del denunciado, testigos, ofendidos, perjudicados.

- f) Tasación de algún objeto por perito: Si algún objeto debiera ser tasado y no fuera posible que el mismo se remitiera al juzgado de Guardia, la Policía deberá solicitar inmediatamente la presencia del perito o servicio correspondiente para que lo examine y emita un informe pericial que podrá ser emitido oralmente ante el juzgado de Guardia, o presentado por escrito para su unión al atestado.

Diligencias a practicar durante la tramitación de las diligencias urgentes:

Entre las diligencias que el artículo 797 señala que el juez de Instrucción de Guardia puede acordar, se contemplan diligencias relativas a la indagación de los hechos respecto a informes periciales, que se deben realizar si son necesarios para la calificación jurídica de los hechos imputados:

- a) Recabar los informes periciales solicitados por la Policía Judicial.
- b) Ordenar el reconocimiento médico forense de las personas que hubiesen comparecido a presencia judicial, cuando fuese pertinente y proporcionado, y si no se hubiese practicado el reconocimiento con anterioridad. Ordinariamente debe ser puesto en relación con los delitos de lesiones.
- c) Disponer la tasación judicial de bienes u objetos aprehendidos o intervenidos y puestos a disposición de la autoridad judicial, de no haberse hecho antes. Pero en gran cantidad de casos los objetos que son de lícito comercio y tienen dueño conocido no son intervenidos sino entregados a sus propietarios en calidad de depósito y a disposición de la autoridad judicial, hechos en los que procede igualmente la tasación de los mismos si es pertinente a la causa.

1.3.2. La pericia en la fase de plenario

Debe aquí recordarse la jurisprudencia constante que nuestro Tribunal Constitucional establece en el sentido de requerir que las pruebas se realicen en el juicio oral o plenario bajo los principios de contradicción, concentración, publicidad, oralidad e inmediación (SSTC 148/1983, 145/1985, 165/1990 y 67/2001, entre otras) y que las realizadas en la fase sumarial o fase instructora pueden ser tomadas como preconstituidas y aptas para

formar la convicción judicial a los efectos del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en todos aquellos casos en que sea imposible o al menos de difícil reproducción en el acto del plenario (SSTC 124/1990, 154/1990 y 53/2013), extremo que desarrollaremos al hablar de la valoración de la prueba.

Si durante la investigación será comúnmente el propio juez quien de oficio ordene la práctica de una pericia cuando para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en la instrucción fueren necesarios o convenientes conocimientos científicos, prácticos o artísticos, y será también el juez quien manifieste clara y determinantemente a los peritos el objeto de su informe; en el juicio oral, sin embargo, serán las partes acusadoras o acusadas quienes propongan la práctica de este medio de prueba, estableciendo en su solicitud el objeto de la pericia (salvo en los casos excepcionales de prueba acordada de oficio).

Las especialidades de este medio de prueba se refieren, por un lado, a la recusación, regulada en los artículos 662, 663 y 723 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según los cuales la recusación se hará dentro de los tres días siguientes al de la entrega al recusante de la lista que contenga el nombre del recusado. Alegada la recusación el secretario judicial dará traslado del escrito por igual término a la parte que intente valerse del perito recusado y, transcurrido el término y devueltos o recogidos los autos, se recibirán a prueba por seis días, durante los cuales cada una de las partes practicará lo que le convenga, y transcurrido tal término de prueba, el secretario judicial señalará día para la vista, a la que podrán asistir las partes y sus defensores, resolviéndose el incidente por el tribunal por medio de auto irrecurrible. Se señala en el artículo 663 que el perito que no sea recusado en el término fijado anteriormente no podrá serlo después, a no ser que incurriera con posterioridad en alguna de las causas de recusación, lo que se relaciona con lo dispuesto en el artículo 723, referente a la recusación de los peritos en el juicio al señalar que la sustanciación de los incidentes de recusación tendrá lugar precisamente en el tiempo que media desde la admisión de las pruebas propuestas por las partes hasta la apertura de las sesiones.

A la proposición de la prueba pericial dedica la Ley de Enjuiciamiento Criminal los artículos 656 y 657, que establecen como momento para la proposición de esta prueba los respectivos escritos de calificación, debiendo señalar los peritos de que intentan valerse, expresando sus nombres y apellidos y su domicilio o residencia, manifestando además si tales

peritos han de ser citados judicialmente o si la parte se encarga de hacerles concurrir, proposición que se hará acompañada de las respectivas copias, tantas cuantas sean las partes personadas en la causa, a cada una de las cuales se entregará una de dichas copias en el mismo día en que fueren presentadas, uniéndose las listas originales a la causa. Se señala también para este medio de prueba la posibilidad de que las partes pueden solicitar que se practiquen aquellas diligencias que por cualquier causa fuere de temer que no se puedan practicar en el juicio oral o que pudieran motivar su suspensión.

En el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos el juez de Guardia acordará la práctica de las citaciones propuestas por el Ministerio Fiscal al formular la acusación, llevándose a cabo en el acto las que sean posibles, sin perjuicio de la decisión que sobre la admisión de pruebas adopte el órgano enjuiciador. En todo caso, las partes podrán solicitar al juzgado de Guardia, que así lo acordará, la citación de testigos o peritos que tengan la intención de proponer para el acto del juicio, sin perjuicio de la decisión que sobre la admisión de pruebas adopte el órgano enjuiciador.

En cuanto a la práctica, establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal que los peritos que no hayan sido recusados serán examinados juntos cuando deban declarar sobre unos mismos hechos y contestarán a las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan (artículo 724). Si para contestarlas considerasen necesaria la práctica de cualquier reconocimiento, harán este acto continuo, en el local del órgano judicial competente, si fuese posible, y en otro caso se suspenderá la sesión por el tiempo necesario, a no ser que puedan continuar practicando otras diligencias de prueba en tanto que los peritos verifican el reconocimiento (artículo 725).

1.4. Valor probatorio

a) Principio de libre valoración. Apreciación conjunta

Los informes periciales son opiniones, dictámenes o pareceres de los técnicos en la materia, como reflejo de actos puramente personales. Mas, como tales opiniones, han de estar sometidos, al igual que el resto de los medios probatorios utilizados en el proceso, al principio de la libre valoración de la prueba, lo que demanda, fundamentalmente, una conjunta apreciación, sin conceder *a priori* valor superior a un medio sobre otro. Así, si respecto a un tema concreto se hubieren llevado a cabo distintas pruebas, además de la pericial, con resultado diferente, claro es que

entonces se reconoce al órgano judicial la facultad de llevar a cabo esa conjunta valoración de la prueba, que permita estimar que la verdad del hecho no es la que aparece expuesta por la prueba pericial, sino la que ofrecen otros medios probatorios, también cuando los jueces razonablemente discrepen de todo o de parte del contenido de la pericia (SSTS de 13 de julio y 14 de septiembre de 1994, 27 de febrero y 12 y 13 de marzo de 1995, 22 de febrero de 1996 y 28 de octubre de 1997).

b) Carácter no vinculante. Excepciones

El Tribunal sólo puede apartarse de las conclusiones de los peritos cuando haya motivos objetivos que lo permitan o justifiquen, debiendo en todo caso argumentar las razones que le han llevado a disentir del informe de los técnicos, para alejar de esta forma la sospecha o el peligro de arbitrariedad.

De ahí que la pericial no sea nunca vinculante para los jueces, salvo el supuesto excepcional en que el Tribunal, asumiendo el dictamen pericial, se aparte de él en sus conclusiones sin razones para hacerlo, pues en tal caso se produciría evidentemente un razonamiento contrario a las reglas de la lógica, de la experiencia o del pensamiento científico. El informe pericial es, en suma, un asesoramiento práctico o científico para mejor comprender la realidad que subyace en un determinado problema sometido a los jueces, habiendo afirmado la jurisprudencia la imposibilidad de que el juzgador abdique de sus funciones valorativas, haciendo recaer sobre los peritajes su propia e intransferible responsabilidad (SSTS de 14 de octubre de 1994, 29 de mayo de 1995, 6 de noviembre de 1996, 8 de julio y 28 de octubre de 1997, 18 de septiembre de 1998 y 28 de septiembre de 1999).

c) Valoración de la prueba pericial practicada durante la fase de instrucción

Como se decía anteriormente, la prueba ha de practicarse en el juicio oral a través de medios lícitos, y según los principios de oralidad, inmediación, contradicción e igualdad.

Las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (artículo 299 LECrim.), que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que estos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa.

Ahora bien, lo dicho no comporta en modo alguno que, en orden a la formación de la convicción a la que se orienta la actividad probatoria, haya de negarse toda eficacia a las diligencias policiales y sumariales, practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen. Al respecto la doctrina constitucional se asienta sobre las siguientes notas esenciales:

- a) cuando dichas diligencias sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción, pueden constituir la base probatoria sobre la que los tribunales formen su convicción y, en definitiva, pueden constituir medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia (STC 53/2013, de 28 de febrero);
- b) cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, es lícito traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituída, siempre y cuando se haya posibilitado el ejercicio del principio de contradicción en los términos señalados por el artículo 730 LECrim., esto es, solicitando su lectura en el juicio oral (STC 68/2010, de 18 de octubre); y
- c) no constituyen medios de prueba en sí mismos los atestados de la Policía Judicial que procesalmente gozan del valor de denuncias, como señala el artículo 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por la misma razón, tampoco son medios de prueba las declaraciones de la Policía, vertidas en el atestado, sino que se hace necesario que tales funcionarios presten su declaración en el juicio oral, debiendo, en tal caso, ser apreciadas sus manifestaciones como declaraciones testificales (SSTC 155/2002, de 22 de julio y 187/2003, de 27 de septiembre).

Pues bien, la jurisprudencia en materia de la prueba pericial se ha centrado en algunas cuestiones, repetitivamente tratadas dada la insistencia de los recurrentes, y ha delineado unos criterios fundamentales al respecto que expondremos seguidamente.

Informes periciales emitidos por laboratorios oficiales

Son numerosas y reiteradas las sentencias de la Sala Segunda del TS que declaran la validez y eficacia de los informes científicos realizados por los especialistas de los Laboratorios Oficiales del Estado, que, caracterizados por las condiciones de funcionarios públicos, sin interés en el caso concreto, con altos niveles de especialización técnica y adscritos a

organismos dotados de los costosos y sofisticados medios propios en las modernas técnicas de análisis, viene concediéndoseles unas notas de objetividad, imparcialidad e independencia que les otorga *prima facie* eficacia probatoria sin contradicción procesal, a no ser que las partes hubiesen manifestado su disconformidad con el resultado de la pericia o la competencia o imparcialidad de los peritos, es decir, que el informe pericial haya sido impugnado de uno u otro modo, en cuyo caso será preciso la comparecencia de los peritos al juicio oral para ratificar, aclarar o complementar su dictamen sometándose así la prueba a la contradicción de las partes, para que solo entonces, el tribunal pueda otorgar validez y eficacia a la misma y servirse de ella para formar su convicción. Pero cuando la parte acusada no expresa en su escrito de calificación provisional su oposición o discrepancia con el dictamen pericial practicado, ni solicita ampliación o aclaración alguna de esta, debe entenderse que dicho informe oficial adquiere el carácter de prueba preconstituida, aceptada y consentida como tal de forma implícita (SSTS 1642/2000 de 23 de octubre; 670/2011, de 5 de julio y 963/2011, de 27 de septiembre, entre otras).

La LO 9/2002 de 10 de diciembre, en su disposición adicional 3.^a, modificó la Ley 38/2002, de 24 de octubre, añadiendo un segundo párrafo al art. 788.2 LECrim. a cuyo tenor:

En el ámbito de este procedimiento, tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas.

El TS en el Pleno no jurisdiccional de fecha 25 de mayo de 2005, en relación a este art. 788.2 LECrim. adoptó el siguiente acuerdo, recogido en SSTS 1016/2007, de 3 de diciembre, y 574/2011, de 3 de junio:

La manifestación de la defensa consistente en la mera impugnación de los análisis sobre drogas elaboradas por centros oficiales, no impide la valoración del resultado de aquellos como prueba de cargo, cuando haya sido introducido en el juicio oral como prueba documental, siempre que se cumplan las condiciones previstas en el art. 788.2 LECrim.

En la sentencia del TS de 3 de febrero de 2009 se ha dicho que la previsión legal del art. 788.2 LECrim. tiene su explicación en las particularidades de esta clase de prueba generalmente consistente en la aplicación de procedimientos químicos o protocolos estandarizados, lo que, unido a las garantías que ofrecen los organismos oficiales que los realizan, aporta las necesarias dosis de seguridad acerca de los resultados.

Y añade que no impide que la defensa pueda proponer la práctica de cuantas pruebas considere procedentes a la defensa de sus tesis, orientadas a completar, a precisar o a contradecir los resultados de tales análisis, especialmente en los casos de mayor complejidad o que presenten características extraordinarias, aunque su admisión quede condicionada a las reglas generales de pertinencia o necesidad. Tampoco impide que la defensa censure a través de sus argumentaciones y planteamientos determinados aspectos del análisis que pudieran ser considerados por el tribunal en el momento de valorar las pruebas disponibles. En consecuencia, mientras que en el ámbito de la pericial, la impugnación de la prueba excluye la tácita aceptación de su resultado haciendo necesaria la comparecencia del perito como presupuesto condicionante de su misma validez probatoria, en el de la documental la validez y eficacia de la prueba directamente resulta de su propia naturaleza, lo que no obsta la posibilidad de contraprobar como se estime oportuno mediante proposiciones probatorias dirigidas a demostrar su falta de validez o a evidenciar su falta de credibilidad ya en el campo de la valoración de las pruebas contradictorias (en el mismo sentido, STS 866/2009 de 27 de septiembre).

Parte médico unido al atestado

Es una pericia técnica, que se adjunta al atestado. Tal pericia no pierde su propio carácter por el hecho de que se adjunte, incluya, mencione o relacione en un atestado; solo el atestado tiene consideración de denuncia. Estas pericias practicadas necesariamente con anterioridad a la celebración del juicio, e incluso con antelación al inicio del proceso *latu sensu* entendido, constituyen pruebas preconstituidas que despliegan toda su validez si no son impugnadas por ninguna de las partes y son aportadas al acervo de diligencias.

En un supuesto concreto, el Tribunal Constitucional, en sentencia de 11 de febrero de 1991, señala:

Resulta innegable la condición de prueba preconstituida que el certificado médico inicial y los posteriores forenses incorporan, dado que la determinación de las lesiones sufridas sólo pueden acreditarse en el momento de producirse y mientras éstas pueden ser observadas, es decir, mientras duran sus efectos. El único modo de desvirtuar la fuerza de convicción que pruebas preconstituidas periciales puedan tener es interrogar al perito en el acto del juicio oral, para lo cual deberá ser reclamado por la parte que pretende o ratificar su dictamen, o, como podía haber sido aquí el caso, impugnar el mismo.

Prueba de alcoholemia. Valor del test incorporado al atestado

El atestado policial, al tener mero valor de denuncia con respecto al hecho constatado y al autor a quien se imputa, debe ser objeto de ratificación en el juicio oral para que pueda considerársele prueba legítima de cargo, como ha señalado el Tribunal Supremo en relación con las declaraciones de los funcionarios, de los testigos o de los imputados, contenidas en él.

Sin embargo, no cabe desconocer la peculiaridad del atestado que incluye la realización de la denominada prueba de impregnación alcohólica. De un lado, contiene el resultado de un test practicado con ayuda de instrumental técnico especializado al que puede atribuirse el carácter de prueba pericial *lato sensu*, y, aun cuando no constituya el único medio posible de investigación del supuesto delictivo, su carácter objetivo le proporciona una especial relevancia. De otro, resulta prácticamente imposible reproducir durante el juicio oral la prueba realizada mediante los aparatos oficialmente autorizados, por referirse a una situación que no persiste hasta la celebración de la vista de la causa (SSTS de 3 de octubre de 1985 y 23 de febrero de 1989).

Por tanto, en estos casos, aunque el atestado debe ser ratificado en el correspondiente juicio por los agentes que lo hayan levantado, hay que atribuir a su contenido no solo el valor de la denuncia para llevar a cabo nuevas actividades probatorias, sino un alcance probatorio por sí mismo siempre que haya sido practicada la prueba pericial preconstituida con las garantías necesarias (ATC 63/1983, ATC 37/1984 y STC 107/1985)

El deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, y declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.3 de la Constitución (STC de 4 octubre 1985 y ATC 4 julio 1988). Una prueba de estas características no vulnera la presunción de inocencia y así lo ha puesto de relieve la Comisión Europea de Derechos Humanos en su dictamen 8239/74 de 4 de diciembre, al declarar que la posibilidad ofrecida al inculcado de probar un elemento que le disculpe no equivale a establecer una presunción de culpabilidad contraria a la presunción de inocencia, puesto que si puede parecer evidente que, siendo positivo el resultado de la

prueba, puede derivarse una sentencia condenatoria, tampoco lo es menos que este mismo examen, si fuera negativo, puede exculpar al imputado (STS 892/2008, de 26 de diciembre).

Prueba caligráfica

Asimismo, la realización de un cuerpo de escritura por parte del imputado no es una declaración autoincriminatoria sino un medio para verificar una pericial técnica de resultado incierto, según la STS de 5 de junio de 1998.

Al igual que sucede con las pruebas de alcoholemia o de identificación de voz, prestarse a realizar un cuerpo de escritura para que sea sometida a contraste con otras que constan ya incorporadas para comprobar su autenticidad o identidad, no es igual que obligar al interesado a emitir una declaración reconociendo su culpabilidad.

En la prueba pericial caligráfica no se actúa directamente sobre el organismo del imputado sino que se le exhorta a realizar una actividad externa; en el supuesto de que se intimidase coactivamente o se usase la fuerza para componer un cuerpo de escritura, el soporte sería absolutamente inidóneo para realizar una pericia, ya que, en dichas circunstancias, los rasgos no serían los usuales (STS 926/2004, de 19 de julio). La pericial caligráfica se ha de realizar en la forma que determina el art. 391 LECrim., sin emplear ningún género de coacción prestándose voluntariamente el imputado a redactar el cuerpo de escritura que se le dicte.

Los cuerpos de escritura que se hacen para la práctica de una prueba pericial caligráfica han de realizarse a presencia judicial (STS 501/2005, de 19 de abril).

Prueba dactiloscópica, que se basa en las huellas digitales

Tiene establecido la jurisprudencia que el informe dactiloscópico, aun formando parte del atestado, «no es una mera denuncia a efectos legales sino que adquiere una cierta independencia en todo el contexto por su carácter eminentemente técnico», pues suelen contener elementos que revisten *lato sensu* carácter pericial, pues en ellos se consignan apreciaciones de los hechos que se apoyan antes que en la percepción sensorial del informante, en conocimientos técnicos especializados, conteniendo en sí mismos, tales informes, todos los elementos que permiten su valoración y contradicción (STS 29 de junio de 1990). Es

doctrina pacífica la que excusa de ratificación los informes dactiloscópicos emitidos por el gabinete de identificación de la Policía. Debe darse la oportunidad de contradecirlos si la defensa lo solicita, para no lesionar el derecho de defensa (SSTS de 31 de marzo de 1989 y 25 de enero de 2005). El dictamen podría ser emitido por una sola persona en representación del organismo colegiado.

Y lo mismo puede decirse respecto a la pericial balística.

Prueba de ADN

La prueba de perfil genético (ADN), por su incuestionable fiabilidad, está siendo cada vez más utilizada en la investigación delictiva. La STS 501/2005, de 19 de abril, proclama que la prueba pericial de ADN es de resultados espectaculares en los tiempos actuales en cuanto al importante problema de la determinación de la autoría en muchos procesos penales. Consiste, lo mismo que otras pruebas de semejante naturaleza y finalidad (dictámenes caligráficos o sobre huellas dactilares), en la comparación entre una muestra dubitada –aquella que en principio no se sabe a qué sujeto pertenece– y otra indubitada –obtenida de la persona sospechosa, o de un banco de datos–, de manera que si ambas coinciden en sus marcadores genéticos, este medio probatorio puede servir al objeto de acreditación del juicio de autoría con plenas garantías, aunque tal prueba, como cualesquiera otras, han de haber sido obtenidas y aportadas al proceso con todas garantías exigidas por la Constitución y nuestras leyes procesales. El ácido desoxirribonucleico (ADN), componente químico del núcleo celular, se ha convertido en un instrumento esencial de las técnicas que la moderna medicina forense utiliza para la investigación de delitos por parte de las autoridades judiciales y policiales.

En la STS 308/1995, de 24 febrero, ya se decía que:

[...] la teoría y la práctica reconocen valor tanto a las pruebas «determinantes», es decir, a las que excluyen toda duda posible, como a las «de probabilidad», pues aunque no tengan el mismo carácter absoluto, mediante la adición de otras pruebas coadyuvantes pueden compensar su valor probatorio y excluir completamente las dudas de los jueces.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, reformada por LO 15/2003, de 25 de noviembre, introdujo los arts. 326 y 363 para dar cobertura a esta clase de prueba (el apartado 1 del art. 326 fue modificado por Ley

13/2009, de 3 de noviembre). A lo que hay que añadir la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Esta ley sigue los postulados de la STS 949/2006, de 4 de octubre, que ya había advertido que en la investigación policial, se han de ceñir los análisis a desvelar el ADN no codificante con exclusivos fines identificadores, a diferencia de los análisis realizados en el ámbito de la medicina con objetivos investigadores o terapéuticos.

Según la disposición adicional tercera de la LECrim., añadida por disposición final primera apartado 4 de la LO 15/2003, de 25 de noviembre:

El Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministerios de Justicia y de Interior, y previos los informes legalmente procedentes, regulará mediante real decreto la estructura, composición, organización y funcionamiento de la Comisión nacional sobre el uso forense del ADN, a la que corresponderá la acreditación de los laboratorios facultados para contrastar perfiles genéticos en la investigación y persecución de delitos y la identificación de cadáveres, el establecimiento de criterios de coordinación entre ellos, la elaboración de los protocolos técnicos oficiales sobre la obtención, conservación y análisis de las muestras, la determinación de las condiciones de seguridad en su custodia y la fijación de todas aquellas medidas que garanticen la estricta confidencialidad y reserva de las muestras, los análisis y los datos que se obtengan de los mismos, de conformidad con lo establecido en las leyes.

En el acuerdo plenario del TS de 31 de enero de 2006 se autorizaba que «la Policía Judicial pueda recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial». Esta idea ha sido ratificada por numerosas sentencias, entre otras, SSTS 1190/2009 de 3 de diciembre, 701/2006 de 27 de junio, 949/2006 de 4 de octubre y 1267/2006 de 20 de diciembre; tesis que es plenamente congruente con el art. 126 de la CE, que impone a la Policía Judicial la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente, esto es, le atribuye la práctica de los actos de investigación pertinentes para el descubrimiento del hecho punible y de su autoría. Y precisamente para la efectividad de este cometido está facultada para la recogida de efectos, instrumentos o pruebas que acrediten su perpetración, como expresamente se recoge en el art. 282 de la LECrim., que faculta a la Policía Judicial para «[...] recoger los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial» (STS 607/2012, de 9 de julio).

1.5. Recurso de casación

Según reiterada y notoria jurisprudencia, los dictámenes periciales no constituyen documentos a los efectos propios del recurso de casación articulado por el cauce del número 2 del artículo 849 LECrim.:

Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del Juzgador sin resultar contrarios por otros elementos probatorios.

Excepcionalmente (cuestión difícil y discutible, pues implica la aceptación de un cambio de naturaleza por razones accidentales) se les atribuye rango documental cuando, tratándose de un solo dictamen o de varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otros acreditamientos recayentes sobre los mismos extremos fácticos, lo ha tomado como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolo a dicha declaración tan solo de modo incompleto o fragmentario; y, en segundo término, cuando, contando solamente con dicho dictamen o dictámenes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico que se ha de dilucidar y esclarecer, la Audiencia ha llegado en el *factum* a conclusiones divergentes con las de los citados informe o informes, o incluso diametralmente opuestas o contrarias a las halladas y expuestas por el perito o peritos, discrepando de un dictamen que se ofrece como el único apoyo probatorio para sustentar una conclusión razonable y fundada sobre determinado extremo de hecho, máxime si viene referido a datos de signo o carácter objetivo (SSTS de 10 de febrero de 1989, 6 de noviembre de 1996, 25 de junio de 1998 y ATS 2479/2010 de 22 de diciembre).

1.6. Honorarios. Costas

El cargo de perito es retribuido en correspondencia a su carácter obligatorio y al hecho de tener que efectuar, a veces, gastos para la práctica del reconocimiento pericial. En todo caso, realizan actos propios de la profesión que ejercen, por lo que han de devengar honorarios o derechos que tienen que ser satisfechos en la forma establecida por la Ley; lo cual no sucede respecto de los testigos, porque estos, al declarar, no ejercen actos o funciones propias de una profesión determinada ni prestan un servicio que deba ser retribuido, por tanto, no tienen que percibir derechos u honorarios, sino que únicamente ha de reintegrárseles, por vía de indemnización, los gastos que hubieren tenido que hacer para trasladarse al lugar en que deban prestar declaración o el jornal que hubieren tenido que perder para ello.

Como excepción, no podrán reclamar cantidad alguna en concepto de retribución, cuando la perciban, con carácter fijo, como peritos empleados por el Estado, provincia o municipio, a cuyo fin se atenderán a los diferentes reglamentos que regulan los honorarios respectivos y en los que se contienen, en ocasiones, autorizaciones para el percibo de cantidad que sirven de complemento al sueldo que les abona el Estado o la entidad pública correspondiente.

En cuanto al pago, hay que diferenciar según quien haya realizado la propuesta de la prueba pericial, de modo que los honorarios que devenguen los peritos por sus trabajos deberán ser abonados por el acusador particular que los haya propuesto, sin perjuicio de la inclusión de su importe en la tasación de costas cuando la hubiere. No podrán repercutirse cuando las costas se declaren de oficio (o en el caso de insolvencia del obligado a satisfacerlas).

Si se trata de honorarios que corresponden a peritos presentados por el Ministerio Fiscal o por la defensa de los acusados, declarados insolventes, será de cuenta del Estado su abono, sin perjuicio de que se incluya su importe en la tasación de costas. (El Estado no tendrá obligación de abonar indemnizaciones a los peritos que comparezcan en causa en que no sea parte el Ministerio Fiscal, por tratarse de delitos no perseguibles de oficio).

La resolución judicial de condena en costas impone a una determinada parte privada en el proceso penal el pago de la totalidad de las costas causadas en el mismo; es decir, el pago de las causadas por cualquier concepto, no sólo a su instancia, sino también a la de las demás partes procesales.

Cuando las costas han sido declaradas de oficio, o el acusado ha gozado del beneficio de justicia gratuita, o bien cuando se trate de peritos propuestos por el Ministerio Fiscal, las costas habrán de ser abonadas por el Estado. El acusado absuelto, si no goza del beneficio de asistencia jurídica gratuita, debe pagar los honorarios de (sus propios abogados y procuradores, así como los testigos y) los peritos propuestos por el mismo.

El derecho a la asistencia jurídica gratuita comprende la exoneración del abono de los honorarios de peritos. Así lo proclama el artículo 6-6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, que regula un sistema de designación de los peritos con preferencia al personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales o, en su defecto, a los funcionarios, organismos o

servicios técnicos dependientes de las Administraciones Públicas. En la redacción dada al apartado 6 de dicho artículo por el RDL 3/2013, de 22 de febrero de 2013, se añade que:

El juez o Tribunal podrá acordar en resolución motivada que la asistencia pericial especializada gratuita se lleve a cabo por profesionales técnicos privados cuando deba prestarse a menores y personas con discapacidad psíquica que sean víctimas de abuso o maltrato, atendidas las circunstancias del caso y el interés superior del menor o de la persona con discapacidad, pudiendo prestarse de forma inmediata.

**ALGUNOS ASPECTOS
DEL LEGADO JURÍDICO DEJADO
POR EL ILMO. SR. D. JUAN AGUSTÍN MORO BENITO**

Jesús García García
Magistrado

Ciertamente Juan Agustín era una persona sencilla, amable, amigo cercano, bondadoso y trabajador.

Pero además de estas cualidades que le adornaban era sobre todo, a mi juicio, un gran jurista.

Basta observar el legado jurídico que nos ha dejado para apreciarlo.

Se dice que las personas que aman la música, cincelan su personalidad con una gran sensibilidad.

Pues bien, este aspecto particular se aprecia en las abundantes sentencias que constan archivadas dictadas por D. Juan Agustín Moro Benito como presidente de la Audiencia Provincial donde estuvo destinado.

Este trabajo solo pretende recoger algunos aspectos de lo que, con acierto, iba resolviendo Juan Agustín.

Se prescinde de sentencias dictadas en los juzgados que sirvió, y de algunas otras dictadas en las Audiencias Provinciales, unas por ser ya bastante antiguas, otras por ser rutinarias, no presentando particularidad alguna porque están previstas en la Ley, y, por ello no revisten la novedad que se procura recoger en este trabajo.

Además se va a realizar especial hincapié en las sentencias que dictó en esta Audiencia Provincial, no solo porque nos resultan más cercanas, sino porque algunas de ellas las resolvió en recursos de apelación contra

sentencias que dictamos en primera instancia, y, por ello nos resultan más familiares.

1. En Gerona

No se refiere este trabajo a sentencias dictadas cuando sirvió como magistrado de la Audiencia Provincial de Gerona, dado el escaso tiempo en que en esa capital estuvo destinado, pues tomó posesión el 14 de junio de 1983, siendo su presidente D. Francisco Soto Nieto, y cesó ante el mismo presidente el 2 de febrero de 1985.

2. En Palencia

Como licenciado en Derecho por la Universidad de Salamanca, se acercó a esta capital, siendo destinado como magistrado a la Audiencia Provincial de Palencia.

En la Audiencia Provincial de Palencia tomó posesión en marzo de 1985. Su labor jurídica se comenzó a desplegar en los órdenes jurisdiccionales civil y penal, pudiéndose destacar en el orden jurisdiccional civil las siguientes sentencias:

a) La sentencia n.º 26, de 23 de marzo de 1988, se refería la controversia a si entre apelante y apelado existía o no un contrato de arrendamiento, o por el contrario se refería a un precario. Con gran habilidad demostró, en razón a las pruebas practicadas, que existía un arrendamiento, declarando a la demandada arrendataria del piso arrendado.

Con gran maestría demostró que existía una relación locaticia basándose en prueba documental y la entonces confesión judicial, desgranando sus apreciaciones que no dejaban lugar a dudas.

También se destaca la sentencia n.º 46 de fecha 3 de mayo de 1988 en la que se ejercitaban acciones reivindicatoria, declarativa de dominio y de deslinde sobre un patio o corral.

Con gran técnica jurídica valoró las pruebas periciales, testificales y documental, siendo de destacar que alabó la sentencia dictada en la primera instancia que confirmó, constando en ella que el juez de primer grado estudió «de forma brillante y profunda las cuestiones debatidas». No solo quitaba importancia a sus propias apreciaciones, sino que, además, ensalzaba el trabajo del juez de inferior grado.

Merece destacar la sentencia n.º 73 de 20 de septiembre de 1988, sobre acción negatoria de servidumbre de luces y vistas, y desagüe, analizando con una corrección fuera de lo usual, la llamada servidumbre del «padre de familia» del art. 541 del C. Civil. Analiza a la parte que corresponde la carga de la prueba, y los requisitos que debe contener la demanda reconvenzional.

También merece destacar la sentencia n.º 84 de 20 de octubre de 1988 en la que analiza las ya modernas doctrinas sobre la responsabilidad civil dimanante de culpa extracontractual donde, con auténtica precisión, analiza los daños y perjuicios causados en una vivienda por la fuga de agua de una vivienda en planta superior. Estudia particularmente la responsabilidad del inquilino, en relación con el propietario de la vivienda donde se produjo la fuga. Merece la pena detenerse en esta resolución.

Es bien curiosa la sentencia 91 de 14 de noviembre de 1988, en la que revoca la de instancia en procedimiento interdictal de recobrar la posesión, destacando que la posesión ya había sido privada al demandante previamente en un expediente de expropiación forzosa.

Con gran tino examina las pruebas practicadas, siendo de destacar, en el presente caso, la prueba de confesión judicial y documental, pues precisa con detalle todo un expediente administrativo expropiatorio, llegando a la conclusión de su corrección y de su acertada tramitación.

Merece atención también la sentencia n.º 54 de 16 de mayo de 1989 en la que estudia la entonces nueva Ley Cambiaria y del Cheque, que robustece la posición del acreedor, no considerando esencial la formulación del protesto en la letra de cambio, manteniendo incólume la eficacia ejecutiva de las cambiales.

Sobresale también la sentencia n.º 103 de 28 de noviembre de 1989, referida a un contrato de arrendamiento de fincas rústicas, estudiando los requisitos que debe tener un cultivador directo y personal y ser profesional de la agricultura, dando lugar a la resolución contractual analizando el derecho preferente del arrendador respecto del arrendatario cuando no se dan los requisitos prevenidos en la Ley.

Analiza con seguridad algunos datos como el plazo transcurrido, la edad del arrendatario, la realidad o no de las alegaciones, etc.

Despuntan también los análisis jurídicos que realizó en la sentencia n.º 105 de 4 de diciembre de 1989, referida a la cantidad reclamada por cuotas debidas a una comunidad de propietarios por uno de los comunitarios,

reconviniendo el demandado, reclamando una importante cantidad por la causación de daños y perjuicios que, según él, sufrió por el corte de suministro de agua caliente y calefacción, que atribuía, como causante, a la comunidad.

Merece la pena destacar cómo confirmó la desestimación de la demanda reconventional por no tener conexión con la reclamación principal.

También analiza con claridad los plazos de caducidad que legalmente se deben observar para la impugnación de acuerdos comunitarios.

b) En el orden jurisdiccional penal también hay que distinguir y entresacar diferentes sentencias, que, por su perfección y análisis jurídico defendible en la actualidad, pasamos a analizar.

Dadas las precauciones que debe tener este trabajo, en cuanto al estudio de los delitos en relación con sus autores y sus posibles implicaciones, se analizan las diferentes sentencias por los delitos, comenzando por los que entiendo más graves y descendiendo en su gravedad por otros de menor importancia.

También se recogen algunas sentencias que se analizan muy someramente, pero que sirven para destacar el buen hacer de Juan Agustín.

Merece destacar la sentencia n.º 91 de fecha 21 de noviembre de 1988 por delito de homicidio, que tuvo su origen en una pelea anterior a este hecho luctuoso.

El ponente Juan Agustín realizó el relato de hechos probados en cinco apartados, distinguiendo perfectamente la secuencia de los hechos, analizando los elementos del citado delito, concretando su autoría, la concurrencia de eximente incompleta de legítima defensa, el antecedente de riña, la exclusión de la agravante de abuso de superioridad, distinguiendo con mucho acierto la conducta del homicida de los demás intervinientes en la riña, etc.

No se debe olvidar que algunos aspectos analizados se regían por un Código Penal anterior, y que alguna apreciación pueda ser discutible, como casi todo en Derecho.

En orden a su gravedad, se entresaca la sentencia n.º 31 de 1 de abril de 1989 por un delito de violación en grado de tentativa, concurriendo la atenuante de embriaguez no habitual.

Nuevamente el ponente Juan Agustín realiza un relato de hechos probados ciertamente destacado, con gran profusión de detalles que hacen convincentes sus apreciaciones.

Se analizan los requisitos del delito enjuiciado, se puntualizan datos sobre el desistimiento activo, se analiza la circunstancia de despoblado que no se apreció por no especificarse la ubicación del escenario de los hechos, no existiendo reconocimiento judicial, ni policial, etc.

Siguiendo un orden cronológico y en función de la gravedad, se destaca la sentencia n.º 39 de 5 de mayo de 1989, por delito de atentado a agentes de la autoridad, que el ponente Juan Agustín calificó de resistencia. Se analizan los requisitos que deben concurrir en uno y otro delito, partes médicos y de sanidad, declaraciones de los procesados, etc.

Se distingue también la sentencia n.º 83 de 29 de octubre de 1988 por un delito de detención ilegal en concurso ideal con otro de robo con violencia e intimidación en casa habitada, siendo este último delito el que se apreció para condenar al autor de los hechos.

Con gran habilidad el ponente destacó los requisitos para apreciar la consumación del delito de robo con violencia, realizando una disquisición francamente ilustrativa sobre si concurría además el delito de detención ilegal.

Consigno también la sentencia n.º 78 de fecha 10 de octubre de 1989, por delito de tenencia ilícita de armas, en la que el ponente analiza la comisión de este delito, ya que el autor llevaba una escopeta de cañones yuxtapuestos con estos y la culata, recortados, recamarada para cartuchos de caza, siendo su funcionamiento correcto.

También destaca el convencimiento del tribunal sobre la posesión del arma por el autor, analizando con detalle los datos que consideró suficientes para apreciar la consumación del delito, dado que en el momento de la detención del acusado no la llevaba consigo.

Por último, merece destacar la sentencia n.º 106 de fecha 22 de diciembre de 1989, por delitos de imprudencia y omisión del deber de socorro.

Con gran detalle analiza el hecho del atropello de un conductor de ciclomotor caído en mitad de la calzada, al que uno de los autores del delito le pasa las ruedas delanteras por sus piernas causándole lesiones graves. También analiza las conductas de los que ante tal hecho le abandonaron.

Se significa en esta sentencia el acertado estudio del delito de omisión del deber de socorro, rechazando el de imprudencia temeraria.

Se recalcan algunas sentencias más, tales como la 42 de 6 de mayo de 1988, por un presunto delito de alzamiento de bienes en las que recayó una

sentencia absolutoria; la n.º 12 de 11 de febrero de 1988 por un presunto delito de lesiones, la n.º 36 de 28 de abril de 1988 por un delito de utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno; y la 38 de fecha 29 de abril de 1988 por delito contra la salud pública, por tráfico de drogas de las que causan un grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia.

Por estas sentencias, ya más comunes y abundantes en la práctica jurídica penal, el acertado análisis de su autor y su correcta utilización del Código Penal le hicieron merecedor de su ascenso nombrándole el Consejo general del Poder Judicial presidente de la Audiencia Provincial de Ávila.

3. En Ávila

Al haber sido más sencillo el conseguir un repertorio de sentencias que dictó en Ávila, analizaremos las que considero más relevantes, que dictó en esta última fase de su vida.

D. Juan Agustín Moro Benito tomó posesión como presidente de la Audiencia Provincial de Ávila el 16 de mayo de 1990, y desde esa fecha es sencillo seguir el rastro de su trabajo, por lo que comienzo por realizar una reseña de las sentencias penales, de las que fue ponente, como más significativas.

En primer lugar, es curioso destacar la sentencia n.º 22/90 de 14 de junio de 1990 en la que analiza el derogado delito de desacato a la autoridad cometido contra un alcalde, diferenciando los requisitos que consideró suficientes para separar el delito de la falta, y separando el tipo del de atentado.

También merece cierta atención la sentencia n.º 23/90 de 5 de junio de 1990 en la que con precisión analiza el resultado de análisis de prueba dactiloscópica, identificador del autor de un delito de robo con escalo. Pormenoriza el lugar, la situación, los puntos de coincidencia, el resultado de las declaraciones en el acto del juicio, que determinaron la desestimación del recurso de apelación contra la sentencia dictada en el juzgado de lo Penal.

En idéntico sentido la sentencia n.º 41/90 de 8 de octubre de 1990, también por delito de robo con intimidación en entidad bancaria donde se analiza con detenimiento el resultado del reconocimiento fotográfico para identificar al autor, así como la rueda de reconocimiento, cámara oculta del banco, huellas dactilares y rasgos antropométricos.

Existen varias sentencias en las que se analiza el delito contra la salud pública, por tráfico de drogas, sirviendo de ejemplo las 24/90 de 22 de junio de 1990 y la 31/90 de 12 de julio, la primera condenatoria, y la segunda absolutoria, distinguiendo el propio consumo del tráfico.

Destaca la sentencia 42/90 de 22 de octubre de 1990 en la que absuelve a un conductor por delito de conducción de vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

Con gran precisión analizó que era imposible que el conductor, médico de profesión, estuviera embriagado, cuando seguidamente había intervenido en una operación de trasplante hepático, muy poco tiempo después de ser detenido, y dejándole la Policía continuar el viaje, a pesar de ser los síntomas sugerentes de alcoholemia. Se le concedió el beneficio de la duda, siendo absuelto el acusado.

La sentencia 43/90 de 19 de octubre distingue el delito de lesiones de la falta. Se pormenorizan las pruebas de cargo enervadoras de la presunción de inocencia, y, sobre todo, gradúa con mucha precisión las cantidades a abonar en concepto de responsabilidad civil.

Y la sentencia 44/90 de 30 de octubre de 1990 analiza el delito de homicidio, en grado de frustración, a diferencia del delito de lesiones, ya no solo por el resultado lesivo causado, sino por el arma empleada y por el lugar donde se causaron las graves heridas, demostrando que la intención del autor fue la de matar.

Si analizamos las abundantes sentencias que dictó en el año 1991, merece tener en cuenta la sentencia 2/91 de 22 de enero de 1991, en la que absuelve a los acusados, condenados en 1.^a Instancia, de los delitos de robo y receptación, por falta de pruebas. Se destaca de esta sentencia la siguiente frase:

[...] es indispensable que se tenga la absoluta certeza y la completa seguridad de la perpetración anterior de una infracción contra los bienes, de la cual preceden y dimanan los efectos del que adquiere o aprovecha.

Se entresaca también la sentencia 7/91 de 4 de febrero de 1991 por robo y amenazas que resolvía recurso de apelación contra sentencia dictada en el juzgado de lo Penal, en la que se analiza el valor probatorio de diligencias sumariales, siempre que se reproduzcan en el acto del juicio oral en condiciones que permitan la defensa del acusado someténdolas a contradicción, pudiendo entonces el órgano judicial sentenciador fundar su convicción...

Es interesante destacar la sentencia 48/91 de 27 de junio de 1991 por delito de tentativa de robo, en la que, revocando la de instancia, absuelve a los acusados de este delito, distinguiendo perfectamente que no se comprobó que los acusados hubieran realizado actos de ejecución alguna, no llevando útiles o instrumentos para la comisión de tal delito, ni se apreció daño alguno que corroborase la comisión del objeto de imputación.

La sentencia n.º 53/91 de 8 de julio de 1991 que desestima recurso de apelación contra sentencia dictada en el juzgado de lo Penal, analiza el delito de alzamiento de bienes, en donde con meticulosidad analiza cómo los deudores se desprenden de sus bienes, en perjuicio de sus acreedores, cediéndoles y donándoles a título gratuito entre sus familiares.

Curiosa es la sentencia n.º 63/91 de 29 de julio de 1991 por delito de violación, en la que con detenimiento analiza la declaración de la víctima y perjudicada, la envergadura del agresor, el lugar de ocurrencia de los hechos, los signos exteriores apreciados, etc. Con gran precisión se analiza este delito de violación y sus consecuencias, bien jurídico protegido, daño moral, etc., que hacen llegar a la conclusión de la gran altura jurídica del presidente.

En contraposición con la anterior se reseña la sentencia n.º 79/91 de fecha 23 de septiembre de 1991 en la que se absuelve al acusado del delito de violación, pues no apreció que hubiera existido violencia o intimidación con ataque a la libertad sexual de la denunciante. Precisamente se analiza que la complexión física de la víctima era notablemente superior que la del acusado; que la posible víctima había estudiado defensa personal, trabajado durante años como vigilante jurado y consideró aplicable el principio de *in dubio pro reo*.

Es reseñable la sentencia 95/91 de fecha 23 de octubre de 1991 en la que estimó en parte el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en el juzgado de lo Penal por delito de apropiación indebida y amenazas.

Se estudia pormenorizadamente el delito de apropiación indebida, teniendo en cuenta que respecto de la cosa apropiada existió reserva de dominio, estando pendiente de pago una parte del precio de la cosa cuando se realizó la compraventa.

También se destaca la sentencia n.º 114/91 de 5 de diciembre, en la que se desestimó el recurso de apelación contra sentencia dictada en el juzgado de lo Penal, que condenó al acusado como autor de un delito de estafa.

Analizó las pruebas practicadas a partir del atestado policial, testifical y el hecho de ocuparse en poder de los acusados de los efectos que conformaban la comisión del delito.

Se podrían reseñar en este año muchas más sentencias en las que fue ponente D. Juan Agustín, pero no se reseñan por ser más comunes, tales como delitos de imprudencia, alcoholemias, lesiones y daños, etc., que, aun siendo interesante su lectura, harían interminable este trabajo.

Lo que se trata de demostrar es el intenso trabajo, dedicación y gran altura jurídica del citado magistrado, quien aun en su juventud ya apuntaba ser uno de los grandes juristas de esa época, y, sin duda, habría tenido su valoración en la época actual.

Se parte, de nuevo, a analizar las sentencias penales en las que fue ponente en Ávila durante el año 1992.

Pasando por alto otras resoluciones, merece la pena destacar la sentencia n.º 4/92 de 16 de enero, en la que revocó íntegramente la sentencia dictada por el juzgado de lo Penal absolviendo al acusado de un delito de robo con intimidación, y le condenó como autor responsable de una falta de lesiones.

Destaca su estudio referente al rigor exigible en la práctica de las pruebas que sirvieron para condenarle por el delito. Destacó el principio de la seguridad jurídica, la necesidad de recibir declaración al acusado por medio de intérprete ya que era extranjero, la necesidad de acreditar el, o los, objetos sustraídos, y la prevalencia del principio de presunción de inocencia.

Merece la pena destacar la sentencia 15/92 de fecha 5 de marzo en la que se dilucida si el hecho de sustraer fondos con tarjeta, utilizando el número secreto integra un delito de robo o un delito de hurto. Estudia con detenimiento si la tarjeta se puede considerar como llave falsa, y si el acceso al cajero era posible acceder a él sin fuerza alguna, etc.

También se debe aludir a la sentencia 25/92 de 1 de abril en la que el ponente realiza un estudio del delito de usurpación de funciones, en el que absuelve al acusado por no apreciar dolo, como necesario para la condena, y por no estar acreditada la concurrencia de los elementos del tipo, como sería la realización de actos referentes a la dedicación de un profesional titulado.

La sentencia 33/92 de 4 de mayo analiza el delito de apropiación indebida y otro delito continuado de cheque en descubierto. Se destaca el *iter*

criminis que sirvió a la sala, y consignó el ponente, para proceder a la condena por ambos delitos.

Y se reseña la anterior para diferenciarla de la 34/92 de 5 de mayo en la que condenó al acusado como autor de un delito de estafa, y precisamente se utilizaron varios cheques sin fondos, pormenorizando los requisitos que dieron lugar a la tipificación de tal delito, y la agravación o subtipo agravado por la cuantía defraudada.

La sentencia 36/92 de 11 de mayo absuelve al acusado de un homicidio en grado de tentativa, y le condena como autor de una falta de lesiones. Con gran sencillez distingue cuándo se puede apreciar la intención de matar de las simples lesiones en lugares del cuerpo que no comprometan la vida del lesionado.

Es francamente ilustrativa la sentencia 55/92 de 29 de junio que condena a los acusados por un delito de alzamiento de bienes, revocando la sentencia absolutoria que había dictado el juez de lo Penal.

Aquí el ponente realizó con destreza un análisis de lo que había ocurrido, destacando la enajenación por parte de los deudores de sus bienes para evitar tener que hacer frente a sus deudas. Destaca el hecho de que los acusados realizaron una modificación del régimen económico conyugal pactando la separación de bienes, minusvalorando los bienes de su propiedad y su intención de perjudicar a los acreedores.

Es igualmente destacable la sentencia 63/92 de 22 de julio, en la que, revocando en parte la de primer grado, condena al acusado como autor de un delito de desobediencia a la autoridad y otro de daños intencionados.

Con gran detalle especifica los requisitos exigibles para consumar el delito de desobediencia, y desgrana con claridad destacable la conducta del acusado que conlleva la comisión de tal tipo penal.

La sentencia 66/92 de 27 de julio es destacable porque condena al acusado como autor de un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y desestima la alegación del acusado de que bebió después del accidente para celebrar que no le había pasado nada.

Del grado de impregnación de alcohol, de la inmediatez en que el acusado fue sorprendido, de los síntomas apreciados que lógicamente se producen a lo largo de un lapso de tiempo, se desestimó esta alegación.

También es de destacar el análisis que del delito de apropiación indebida realizó el ponente en la sentencia 69/92 de 31 de julio de 1991.

Distingue el delito continuado de apropiación indebida del hecho de cometerse distintas apropiaciones como delitos independientes.

Destaca también la sentencia 88/92 de 26 de octubre en la que absuelve a los acusados de un delito de alzamiento de bienes y de infidelidad en la custodia de documentos.

Merece destacar el análisis de este último delito referido a la tardanza de una Agrupación de Juzgados de Paz en diligenciar exhortos en los que se requería emplazar a los demandados, que, en una ocasión, se extraviaron y en otra se cumplimentó tardando bastante tiempo.

Y, cito, en último lugar, correspondiente al año 1992, la sentencia n.º 83/92 de 7 de octubre en que se condenó al acusado como autor de un delito de atentado y dos faltas de lesiones.

Se analiza el hecho de que los agentes de la autoridad no vestían de uniforme reglamentario, pero era conocida por el acusado la condición de los agentes y que se encontraban en el ejercicio de sus funciones.

Del año 1993 solo quiero reseñar tres sentencias:

La 2/93 de 4 de enero que condena al acusado como autor de un delito de daños, pues el autor dio muerte a un perro intencionadamente con una escopeta, desestimando la excepción de legítima defensa, pues el animal no atacó al acusado.

La sentencia n.º 6/93 de 20 de enero en la que se confirmó la sentencia dictada por el juzgado de lo Penal por un delito de abandono de familia; destaca que no son argumentos atendibles el que no pagara las pensiones alimenticias por no tener tiempo y tener mucho trabajo, disponiendo de una sucursal bancaria al lado del establecimiento donde trabajaba.

Y la sentencia n.º 13/93 de 16 de febrero en la que se condenó al acusado como autor de un delito de uso de documento oficial falso, con la circunstancia agravante de reincidencia y atenuante de drogadicción y crisis de abstinencia.

Analiza el hecho de actuar con ánimo de lucro, a diferencia de actuar para salir de la drogadicción.

Por último queda por reseñar las sentencias civiles que, como ponente, dictó en la Audiencia Provincial de Ávila en materia civil.

Como ya se ha indicado, se prescinde de sentencias que se consideran rutinarias o poco ilustrativas, reiterativas, etc.

Y se consignan las que revelan un estudio detallado sobre materias complejas, curiosas o generalizables, e incluso discutibles al haberse modificado la legislación o la doctrina jurisprudencial.

Se comienza por la sentencia 96/90 de 23 de mayo, en la que analiza la acción reivindicatoria, su definición, sus requisitos, sus efectos, etc., confirma la sentencia de 1.^a Instancia, que desestimó la demanda pues los demandados tenían escritura pública debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad.

La sentencia n.º 102/90 de 30 de mayo analiza la servidumbre de desagüe, de caída de aguas pluviales desde el tejado vecino; procedía la rectificación de datos en el Registro de la Propiedad, en vez de anular los datos consignados.

En el mismo sentido cabe destacar la sentencia n.º 104/90 de 31 de mayo sobre acción negatoria de servidumbre de acueducto y la acción reconvencional presentada por el demandado, confesoria de ese derecho. El recurso de apelación es desestimado confirmándose la estimación de la acción confesoria.

Se reseña también la n.º 110/90 de 8 de junio en la que se desestima la demanda presentada contra una entidad de ahorro por no haber abonado una cantidad al cliente, que tenía que venir por transferencia, y aún no había llegado. Se analizan los requisitos para que concurra responsabilidad contractual. Se distingue entre la fecha de la operación y la del valor consignado en fecha posterior.

La sentencia n.º 111/90 de 11 de junio sobre resolución de contrato de arrendamiento de vivienda por no uso de la arrendataria. Desestima la oposición alegada que trataba de demostrar la no titularidad dominical del arrendador.

La sentencia n.º 113/90 de 25 de junio que analizó la resolución de un contrato de arrendamiento de vivienda por causa de necesidad. La sentencia confirmó la dictada en primera instancia que desestimó la demanda, no acreditándose en forma alguna la necesidad del actor arrendador, procediendo la prórroga forzosa que regía entonces en la LAU.

La sentencia n.º 123/90 de 27 de junio que resolvió el contrato de arrendamiento de vivienda por transcurso del plazo pactado, estando requerida al desalojo la parte arrendataria.

La sentencia 125/90 de 2 de julio que confirmó la de instancia que en juicio ejecutivo dejó sin efecto la ejecución despachada por culpa

exclusiva de la víctima, siendo el título ejecutivo un auto de cuantía máxima.

La sentencia n.º 127/90 de 4 de julio referida a una acción de deslinde y amojonamiento de finca rústica, en la que se estimó el recurso de apelación porque se apreció la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, ya que no se trajeron al juicio a todos los litigantes que podían verse afectados para la sentencia.

La sentencia n.º 133/90 de 11 de julio en la que en un juicio de desahucio estimó parcialmente la enervación de la acción al haber consignado el demandado las rentas adeudadas y demás gastos y costas, pero no impuso las costas del juicio, siendo este pronunciamiento bien discutible.

Singular relevancia tiene la extensa sentencia 135/90 de 13 de julio, que estima en parte recursos de apelación contra sentencia dictada en primera instancia, donde se estudia la reclamación del importe del traspaso o cesión de un local de negocio. Analiza lo que significa la perturbación o el no goce pacífico del local arrendado, la obligación de realizar reparaciones necesarias, etc.

También es muy relevante la sentencia n.º 137/90 de 18 de julio en la que se analiza el fallecimiento de una persona al recibir la descarga de un transformador; la sentencia revoca parcialmente la de instancia y condena a pagar una indemnización a los herederos del fallecido. Se analiza con gran corrección la concurrencia de culpas, la intensidad de las imprudencias, la cuantificación de las indemnizaciones, y descarta las personas que no tuvieron responsabilidad alguna.

En la sentencia n.º 144/90 de 23 de julio se analiza la constitución de una servidumbre de paso forzosa, su necesidad al ser finca enclavada, su anchura, etc. Esta sentencia confirma la dictada en primera instancia.

La sentencia n.º 145/90 de 23 de julio relativa a la obligación de realización de obras de conservación de la cosa arrendada. Revoca parcialmente la sentencia de primer grado y obliga a los demandados como dueños del inmueble a reparar humedades, y a la comunidad de propietarios a la reparación de elementos comunes del inmueble.

La sentencia n.º 149/90 de 11 de septiembre sobre acción de servidumbre de luces y vistas, revoca la de primera instancia y obliga a los demandados a retranquear una terraza a una distancia de dos metros de la vivienda de las demandantes. Analiza un presunto convenio que podía haber existido entre las partes.

La sentencia n.º 150/90 de 12 de septiembre en la que estima en parte recurso de apelación, confirma la separación de dos esposos y la disolución del régimen conyugal, pero además constituye una pensión alimenticia para un hijo y señala a quién corresponde la guarda y custodia.

La sentencia n.º 154/90 de 26 de octubre que revoca la dictada en primera instancia y condena a un particular a abonar rentas a un Ayuntamiento, como arrendador, siendo bienes patrimoniales de este, no siendo un negocio declarado administrativo por Ley, ni tenía vinculación alguna con el servicio público.

La sentencia n.º 171/90 de 27 de noviembre que revoca la dictada en 1.ª Instancia, analiza lo que la doctrina llama en la actualidad un contrato de aportación en el que el dueño de un solar lo cede a una constructora a cambio de que esta le entregue una vivienda y una plaza de garaje, condenando a la demandada a abonar una indemnización por el retraso.

La sentencia n.º 174/90 de 28 de noviembre en la que se absuelve en la instancia a los demandados al estimarse la excepción de cosa juzgada entre dos esposos que litigaron en un procedimiento de separación matrimonial y en otro distinto en el que se solicitó el divorcio.

La sentencia n.º 175/90 de 29 de noviembre que revoca en parte la de primera instancia es ciertamente ilustrativa sobre la interpretación de los contratos. Se analizan con detenimiento las pruebas de confesión judicial y testifical, así como la documental presentada respecto de dos contratos fechados en días diferentes.

La sentencia n.º 182/90 de 3 de diciembre, sobre la constitución de una servidumbre de paso, confirma íntegramente la dictada en primera instancia. Analiza el carácter de transitable del paso creado, etc.

La sentencia n.º 195/90 de 22 de diciembre, que confirma la dictada en primera instancia, analiza las disposiciones sobre la interpretación de los contratos así como la obligación del abono del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

Resumiendo mucho, y a los solos efectos de que el lector tenga una panorámica de la labor realizada por D. Juan Agustín Moro Benito, pasamos a analizar someramente las sentencias que dictó en el orden jurisdiccional civil en 1991.

La sentencia 1/91 de 7 de enero que revoca en parte la dictada en la instancia, sobre servidumbre de luces y vistas y desagüe de edificio, en la

que se condena a los demandados al cierre de varios ventanales y a retirar un canalón que volaba sobre la finca del vecino.

La sentencia 4/91 de 11 de enero que confirma la dictada en primera instancia, en la que se rechaza la excepción alegada por una aseguradora de culpa exclusiva de la víctima como causa de oposición en juicio ejecutivo, siendo el auto de cuantía máxima el documento que llevó aparejada la ejecución.

Curiosa es la sentencia n.º 6/91 de 14 de enero que revocó la de 1.ª Instancia en un juicio ejecutivo cambiario, y frente a la estimación de la oposición que se ordenó en la instancia, la expresada sentencia la revoca y manda seguir adelante la ejecución.

Se analiza el negocio causal, la falta de provisión de fondos y el acuerdo al que llegaron las partes.

La sentencia n.º 9/91 de 17 de enero, revoca la dictada en primera instancia y estima la demanda declarando resuelto el contrato de arrendamiento de vivienda por no ser habitada durante el año siendo un arrendamiento de temporada. Analiza las pruebas practicadas, principalmente lo pactado en el contrato y tratarse además de una vivienda de protección oficial.

La sentencia n.º 28/91 de 7 de febrero de 1991 que confirmó la de primera instancia, en la que se analiza una acción declarativa de dominio, título e identidad de la cosa, matizando que en parte no se acreditó este último requisito que precisaría un deslinde.

La sentencia n.º 30/91 de 8 de febrero, que estimó en parte el recurso de apelación, analiza una imprudencia en accidente de circulación y debido al adelantamiento por parte de un camión, cuando el que le precedía ya había comenzado a adelantar a otro vehículo precedente. Analiza la prescripción, los requisitos para considerar la conducta imprudente, confirma las indemnizaciones acordadas y discrepa respecto a los intereses, que les computa desde la presentación de la demanda.

La sentencia n.º 31/91 de 11 de enero, que revoca la de primera instancia, analiza la concurrencia de culpas en un accidente de circulación en el que el conductor de un vehículo alcanza con su parte delantera derecha a un ciclomotor que se fue hacia la izquierda, causando a su conductora unas lesiones muy graves. Graduó la culpa del conductor del vehículo y de la conductora del ciclomotor al 50 %.

Es curiosa la sentencia 39/91 de 22 de febrero en la que ante la desestimación en primera instancia de una demanda de separación matrimonial,

la revoca dando lugar a la misma, a la disolución de la sociedad conyugal, a la atribución de la vivienda familiar a la esposa, y al abono por parte del esposo de una pensión compensatoria a su cónyuge. Analiza los plazos del cese efectivo de la convivencia y la falta de *aflectio maritalis*.

La sentencia 50/91 de 15 de marzo confirma la dictada en la instancia, analiza la *actio communi dividundo*, y la necesidad de presentar la oportuna liquidación de cuentas correspondientes a varios años. Analiza la proporción en que debe realizarse la liquidación de la comunidad, los años transcurridos en indivisión, etc.

La sentencia n.º 52/91 de 18 de marzo, que revoca en parte la de primera instancia, analiza un contrato de aportación, entregando a una constructora un solar a cambio de que le diera un piso de determinadas dimensiones. Como la constructora entregó uno de menor medida se la condenó al pago, además de a una indemnización.

La sentencia n.º 57/91 de 1 de abril en la que se revoca la de primera instancia y se estima la demanda en la que se reclamó parte del precio de un contrato de ejecución de obra para instalación de calefacción y suministro de gasóleo C, no dándose lugar a la excepción de compensación que reclamaba el demandado.

Curiosa también es la sentencia n.º 94/91 de 7 de junio en la que se analiza un contrato en el que una parte entrega la cosecha de aceitunas a una cooperativa para que la transforme en aceite, comprometiéndose esta a entregar a la primera una cantidad de litros de aceite, reteniendo una cantidad del producto final. Estima en parte el recurso de apelación, declarando la plena validez del contrato, y condena a la demandada a entregar los litros de aceite o a indemnizar.

La sentencia n.º 95/91 de 7 de junio revoca en parte la de primera instancia. Se trataba de una pelea de perros, y uno de ellos tiró a una señora al suelo, causándola lesiones. La sentencia condena al dueño del can a indemnizarla.

La sentencia 99/91 de 17 de junio, que revoca la de primera instancia y declara la nulidad del juicio ejecutivo en el que sirvió para despachar ejecución una letra de cambio, poniéndose de manifiesto que no reunía los requisitos para considerarla como título que lleva aparejada ejecución. No aparecían citados ni el lugar de la emisión ni el nombre del que la había librado.

Merece la pena destacar la sentencia n.º 104/91 de 21 de junio que confirma la dictada en primera instancia, en la que se impone a una madre,

que no ostenta la guarda y custodia de sus cuatro hijos, su obligación de pago de una pensión alimenticia.

En la sentencia n.º 109/91 de 1 de julio que confirma la dictada en primera instancia se analiza el importe de una minuta de letrado. Con gran lucidez se hace constar el trabajo desempeñado, la complejidad del asunto, etc., considerando correcta la cuantificación que había realizado el juzgador de instancia.

Es singular la sentencia n.º 120/91 de 26 de julio en el que se analiza la falta de calidad de unos piensos suministrados a visones que se murieron en una parte. La sentencia revoca en parte la de primera instancia reduciendo la cuantía de la indemnización, desestimando la reconvencción planteada.

También es de reseñar la sentencia 125/91 de 16 de septiembre referida a un contrato de compraventa, que revoca en parte la dictada en primera instancia, en la que se discute la perfección del contrato y su consumación. Analiza con detalle la necesidad de la entrega de la cosa vendida para que pase la propiedad al poder del comprador.

La sentencia n.º 138/91 de 8 de octubre analiza el desahucio por precario respecto de la ocupación de un hermano de una serie de fincas sin pagar renta, lo cual fue rechazado pues se trataba de una explotación familiar, habiéndose hipotecado varias fincas dando su consentimiento tanto actor como demandado. Se revocó la sentencia de instancia y se desestimó la demanda.

En la sentencia 143/91 de 21 de octubre, que confirma la de instancia, describe el historial hereditario, registral y tracto de una finca; en definitiva se desestima la demanda al haber pasado a terceros la propiedad.

La sentencia n.º 147/91 de 24 de octubre revoca parcialmente la de instancia en una separación matrimonial, únicamente en el régimen de visitas de un padre respecto de su hija, confirmando la separación de los cónyuges, la disolución de la sociedad conyugal, revocación de poderes, guarda y custodia de la hija a su madre y patria potestad compartida.

La sentencia n.º 151/91 de fecha 6 de noviembre, que revoca en parte la de instancia, se trata de una indemnización de daños y perjuicios a causa de un muro y un tejado ruinoso, que los actores tratan de imputar su ruina al desescombro en la finca colindante. Solo se estima esta alegación en parte.

La sentencia n.º 153/91 de 7 de noviembre estima el recurso de apelación, revocando la de instancia. Se trataba de un contrato de finca rústica por arrendatario cultivador directo y personal, en el que el arrendador trató de resolver el contrato sin que aquel hubiera perdido su condición de profesional de la agricultura, no acreditando que la finca fuese cultivada por terceras personas ajenas al contrato.

La sentencia n.º 175/91 de 9 de diciembre, que confirma la de primera instancia, en la que se estima la excepción de cosa juzgada respecto de una finca, tratándose de las mismas cosas, causas y las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron. Existía una sentencia firme que había resuelto previamente la controversia.

La sentencia n.º 176/91 de 10 de diciembre revoca en parte la de instancia, apreciando una concurrencia de culpas del 50% en un accidente de circulación. Se analiza la colisión de un vehículo, que iba a gran velocidad, con un tractor y con otro vehículo.

La sentencia n.º 184/91 de 18 de diciembre que revoca en parte la dictada en primera instancia, referida a culpa contractual y extra contractual derivada de los daños y perjuicios causados por un ascensor recién pintado, sin adoptarse todas las medidas de seguridad por los técnicos y por los titulares del elevador.

La sentencia n.º 186/91 de 26 de diciembre que confirma la dictada en primera instancia en la que se da lugar a la resolución de un local de negocio por falta de pago de las rentas pactadas desestimando la enervación que trató de realizar el arrendatario consignando las rentas adeudadas extemporáneamente.

Y la sentencia n.º 188/91 de 27 de diciembre que confirma la de primera instancia, en la que se reduce el precio de una finca al no entregar la parte vendedora la cabida que figuraba en el contrato, sino otra superficie menor, por lo que se condena al demandado al pago de la diferencia.

Llegados a este punto se va a comenzar el análisis sintético de las sentencias civiles dictadas como ponente por Juan Agustín en el año 1992.

Quiero recalcar que los análisis que se realizan son someros, sin entrar en disquisiciones jurídicas, que solo intentan demostrar el trabajo profundo e intenso del citado ponente, recalcando su buen actuar, y sobre todo, su grado intenso de formación jurídica.

Acercándome a su trabajo he podido comprender o, al menos intuir, un poco de su conducta imparcial, ecuánime, queriendo administrar Justicia mediante la utilización del Derecho.

Ciertamente tengo en mi poder todas las sentencias civiles en las que fue ponente en el año 1992. El lector comprenderá que, siendo un auténtico «tomo gordo», me ciña a las que considero más relevantes, pues, caso contrario, se podría terminar el trabajo fuera del 20 aniversario que se trata de conmemorar.

La sentencia 1/92 de 9 de enero confirma la de primera instancia, decretó la resolución de un contrato de vivienda, denegando la prórroga forzosa, por jubilación de la arrendadora que quería volver a su pueblo. Se estimó la demanda.

La sentencia 5/92 de 15 de enero revoca la de instancia porque apreció la falta de litisconsorcio pasivo necesario, aplicable de oficio, ya que no se trajo al juicio a todas las personas a quienes podía afectar la acción entablada, ya que se trataba de una acción reivindicatoria y de deslinde.

La sentencia 11/92 de 28 de enero que confirma la de primera instancia, sobre derecho real de servidumbre de paso, la posible adquisición inmemorial como título suficiente.

La sentencia n.º 16/92 de 4 de febrero que revoca en parte la de instancia, estudió los daños y perjuicios que se causaron a los titulares de un negocio dedicado a bar.

Analiza la insuficiencia de las pruebas practicadas, y solo estima los perjuicios acreditados en el acto del juicio, rechazando una prueba pericial no ratificada.

La sentencia n.º 28/92 de 17 de febrero que confirmó la de primera instancia, en la que se condenó a una compañía eléctrica por los daños y perjuicios causados por el corte de suministro, causados a género almacenado en un local de negocio.

La sentencia n.º 30/92 de 19 de febrero que confirma la dictada en primera instancia, que estudia la prescripción adquisitiva, la accesión, etc., en relación con la reforma interior de una vivienda, no tratándose de una edificación de nueva planta.

La sentencia 35/92 de 24 de febrero que estima en parte el recurso de apelación, analiza los requisitos para que prospere la culpa extracontractual o aquiliana, rechazando la existencia de un caso fortuito. Se establece que el reventón de una rueda podría dar lugar al accidente, pero no de la magnitud de lo ocasionado. Analiza la causa de exceso de velocidad de un vehículo.

En la sentencia 42/92 de 2 de marzo que estima el recurso de apelación, se desestima íntegramente la demanda, pues un callejón no era de propiedad privada sino pública, dado que nadie presentó título, estaban abiertas ventanas hacia él y era de tránsito constante.

La sentencia 53/92 de 17 de marzo, que confirma la de primera instancia apreciando la sumisión tácita realizada por las partes, no da lugar a dictar sentencia de remate en un juicio ejecutivo.

La sentencia 56/92 de 18 de marzo que confirma la dictada en primera instancia, y desestima la oposición que presentó el arrendatario a la resolución contractual de arrendamiento al no haber consignado las rentas que adeudaba.

La sentencia n.º 60/92 de 24 de marzo, que confirma la de primera instancia en la que no se da lugar a la resolución de un contrato de arrendamiento de pastos al apreciarse la falta de legitimación activa de la parte arrendadora, que con anterioridad había transmitido la finca.

La sentencia n.º 66/92 sobre un pacto hereditario en el que se plantea si es un negocio unilateral o bilateral. La sentencia recurrida es íntegramente confirmada, en el sentido de que no quedó demostrada la existencia de tal pacto.

En la sentencia 70/92 de 1 de abril, que confirma la de instancia, se refiere al principio de *pendente appellatione nihil innovetur*, ya que en el recurso de apelación se trató de cambiar el objeto de la controversia, que era la existencia de unas ventanas en una pared medianera.

La sentencia 72/92 de 3 de abril, en la que se confirma la de instancia, dando lugar a la resolución de contrato de arrendamiento de fincas rústicas al haber perdido la condición de profesionales de la agricultura los arrendatarios.

La sentencia n.º 74/92 de 10 de abril que confirma la de instancia, en la que se analiza un caso de fraude a la ley para enervar los efectos de una acción hipotecaria en relación con un contrato de arrendamiento de fincas rústicas. La sentencia confirma en su integridad la desestimación de la demanda.

La sentencia 76/92 de 14 de abril que estima en parte el recurso de apelación interpuesto, referido a una acción negatoria de servidumbre de luces y vistas, condenando a los demandados a cerrar varias ventanas abiertas sobre la finca vecina.

La sentencia n.º 82/92 de 22 de abril que analiza la constitución de un contrato de arrendamiento en forma fraudulenta, es decir un arrendamiento simulado para impedir la plena efectividad de un procedimiento hipotecario. Se confirma la sentencia recurrida.

La sentencia n.º 77/92 de 15 de abril, en la que se estima el recurso de apelación y se revoca la recurrida, en el que se da lugar a una acción reivindicatoria, condenando a los demandados a devolver la finca poseída. Con gran detenimiento se analizan los requisitos de esta acción, desmontando la realidad posesoria que aducían los demandados.

En la sentencia 83/92 de 24 de abril se analiza la protección del titular registral, se desestima el recurso y se confirma la sentencia recurrida.

La sentencia n.º 89/92 que no da lugar a la resolución de contrato de arrendamiento por causa de necesidad al acreditarse que los arrendadores viven en otra localidad. La sentencia confirma la dictada en primera instancia.

La sentencia 90/92 de 7 de mayo, que confirmó la de instancia, en que la cuestión controvertida se circunscribía a si la relación entre las partes se trataba de un arrendamiento o de un precario, llegando a la conclusión de que efectivamente se trataba de un precario.

La sentencia n.º 94/92 de 11 de mayo que confirmó la de 1.ª Instancia. Se trató de un vehículo que circulaba por dirección prohibida causando daños y perjuicios. Se analiza el principio de confianza que debe regir en la circulación.

La sentencia 95/92 de 12 de mayo donde se reclama el importe de suministro de leche impagado, revoca en parte la de instancia y estima en una gran parte la demanda presentada por la mercantil suministradora de la leche.

La sentencia 104/92 de 21 de mayo que confirmó la de 1.ª Instancia, analiza la acción de deslinde en la que, con gran profundidad, considera que un muro levantado recientemente no es prueba suficiente para marcar un lindero. Analiza la historia registral y contractual de la finca.

La sentencia n.º 133/92 de 19 de junio, que confirma la de instancia, en la que se analiza el incendio de un vehículo ocurrido en un aparcamiento privado. No se condena a indemnizar a la demandada en quien no se apreció culpa.

La sentencia 134/92 de 22 de junio en la que se confirma la de instancia, tratándose de una acción de deslinde y reivindicatoria. Se analizan los requisitos de ambas acciones, remitiéndose a la sentencia recurrida.

La sentencia n.º 137/92 de 24 de junio que confirma la de instancia, en la que se resuelve un contrato de compraventa por impago de los plazos pactados respecto del precio, pues estaba pactado que dos impagos darían lugar a la resolución, aun no habiendo vencido parte de ellos.

Merece la pena destacar la sentencia 210/92 de 9 de octubre, que confirma la de instancia, en la que se analiza la titularidad de un propietario que adquirió a título oneroso, de buena fe, una finca, aplicándose la doctrina del tercero hipotecario. Se analiza el contrato de compraventa perfecto y consumado cuando se entregó la posesión de la cosa vendida.

La sentencia n.º 224/92 de 11 de diciembre, que confirma la de instancia, analiza la venta de una partida de trajes de baño devuelta por la compradora por no tener la partida remitida la calidad pactada.

La sentencia n.º 231/92 de 18 de noviembre en la que se revoca en parte la de instancia, tratándose de una acción de protección al honor de los demandados. Considera que existió intromisión ilegítima, condenó a la publicación de la parte dispositiva de la sentencia y a que los demandados abonaran a los actores una indemnización.

La sentencia n.º 235/92 de 20 de noviembre estima el recurso de apelación en un interdicto de obra nueva y manda alzar la suspensión de la obra que venía decretada. Consideró que la obra nueva respetaba el límite de la finca colindante.

Llegados a este punto solo nos queda echar un vistazo a las sentencias que dictó Juan Agustín en el año 1993.

Dado que en este año fue el que da motivo al aniversario de su fallecimiento consta que dictó como ponente 18 sentencias, de las cuales 13 confirmaron las de primera instancia y 5 fueron revocatorias en todo o en parte.

Considero que he cumplido, al menos en algo, el cometido de estudiar la labor como jurista de Juan Agustín.

Sus análisis jurídicos no solo son acertados, sino que, en su gran mayoría son aplicables en la actualidad.

Es de justicia recordar su memoria, pues se trató de un magistrado joven, dinámico, serio y a la vez jovial, amante de la Administración de Justicia, estudioso y amante de la música en sus ratos de ocio.

Agradezco muy mucho a los Sres. Agentes de la Audiencia Provincial su labor de pesquisa en los archivos para seleccionar el material solicitado para poder acercarme, siquiera de una forma mínima, a la labor desempeñada por Juan Agustín.

Merece la pena destacar el gran amor que tenía a su familia, sus cuidados y desvelos respecto de un sobrino, su sencillez y bondad, y su gran afecto hacia el prójimo.

A toda su familia les dedico este insignificante trabajo, que hubiera necesitado años para poder ser más detallado, pero lo único que pretende es destacar el afecto de sus compañeros de fatigas en la labor judicial.

Para terminar quiero recordar aquella frase de Rabindranath Tagore que decía: «Dios en su amor besa lo finito, mientras que el hombre besa lo infinito».

DIVAGACIONES AÑEJAS Y EXTRAVAGANTES EN TORNO A LA ORATORIA FORENSE¹

Juan Jacinto García Pérez
Coordinador de la Sección de Derecho de la IGDA

1. La *ratio essendi* de la oratoria forense

1.1. ¿Arte, Técnica o Ciencia?

No pretendemos en esta escueta reflexión, motivada por el homenaje a un añorado amigo y compañero, desarrollar un discurso filosófico acerca de la oratoria forense, pero, a fuer de resultar nostálgicos, quizás son muchos los que en los siglos pasados han venido recordando que entre los géneros literarios y oratorios más importantes de «eso» que otros Literatura llaman, algunas de las fuentes de que esta ha bebido dimanan directamente de las palabras que el viento del *Ius*, del Derecho, la Historia ha posibilitado y querido entregarnos...

Que la oratoria forense aspire a presentar una faz bella no solo es legítimo y lícito, sino que constituye expresión de buena educación en cuanto que, además de dar forma y estructura, trata de obtener una utilidad social; y, recuérdese, lo útil o equitativo no debe extraerse únicamente de su fondo, sino que, asimismo, ha de revestirse de una forma, de un estilo, a modo de recreo para los sentimientos.

Y que esto es, era, y debiera ser así por siempre jamás, ya nos lo enseñaron nuestros mayores, enseñanza ya evidente y palpable en el genio

¹ *In memoriam*, en el 20.º aniversario de su muerte, de mi compañero Juan Agustín, quien, con su quehacer judicial diario y ejemplo, nos legó el mensaje rotundo de que la Administración de Justicia debe servir para crear una sociedad más transparente, participativa y más solidaria, justa y libre.

jurídico romano, al ser de todos sabido que entre sus juristas asunto de grande interés era aquel del bien hablar jurídico.

Cierto es que debemos lamentar lo poco que de esos estudios de oratoria forense que el mundo jurídico romano expandió se ha divulgado en nuestro país en tiempos recientes, siendo así, *para más inri*, que fue un hispano, Quintiliano, quien mejor trató de esta materia con sesudo esclarecimiento y auténtico deleite, ofreciéndonos un legado que ha servido de fuente principal en la que han saciado su sed nuestros más notables escritores y maestros del Foro.

Ha de servir de primera advertencia el hecho de que no confundimos la elocuencia con el arte oratorio; elocuencia es tanto como un don especial de imprimir mediante su impacto en el ánimo de los oyentes los afectos que conmuevan el nuestro propio y, en consecuencia, al hablar de la elocuencia estamos haciendo referencia a un continuo movimiento del *ánima*, a una predisposición, a unas ganas irresistibles –valga la redundancia– de ser elocuentes...

Tampoco la estética está reñida con el discurso forense; antes al contrario, este último ha de intentar congraciarse con aquella, y aunque pareciere petulante, tal exigencia, al igual que para cualquier otro género de discurso, venía impuesta ya por las enseñanzas de los retóricos, de modo y manera que, en todo caso, cada una de las partes de la oración en los ensayos jurídicos ha de venir regida por el principio de unidad.

Ahora bien, ¿es que, acaso, el discurso forense, como obra útil, no puede mejor así cumplir el fin que se propone? Y, ¿cuál es ese fin, el que por ventura esto de la Justicia se convierta en algo más que eso que algunos otrora calificaban maliciosamente de «cachondeo»?

Son muchos los que convienen en que cuando interviene la Justicia estamos jugando con los grandes intereses de la animalidad social (la sociedad, la ciudadanía) y en ellas debe ocupar un lugar muy preferente la irrenunciable búsqueda de la aplicación de un Derecho cada vez más justo, que atienda cada conflicto interpersonal humano imaginable.

A todo ello no obsta el que la oratoria forense haya de distinguirse de todas las demás clases de oratoria por su inevitable mayor seriedad, medida y hasta templanza, pues parece obvio que al hablar de Derecho y del Derecho ha de partirse del basamento de la lógica y ha de apurarse a fondo la utilización del «sense comun», ya que basta y sobra con aducir razones, confrontándolas con las del contrario, para que nazca la incipiente conciencia de la resolución a tomar en el conflicto.

Es por este motivo por el que habrá de afirmarse que el fin último de la oratoria forense es el de atender y coadyuvar, de la manera más humanizada y civilizada posible, al cumplimiento y aplicación del Derecho cuando resulta controvertido ante los tribunales... (¡el principio de la oralidad en el proceso, tan esencial y constitucional hoy, y presentado como postulado democrático, en sí –y no se lo tome nadie a burla–, es más rancio que nuestros puentes medievales, y si quedara alguna duda consúltense los textos de Ulpiano!).

Y para alcanzarla y poseerla cabe utilizar uno de los dos siguientes medios: o persuades o conmueves, no olvidando que dentro de la persuasión cabe considerar o subdistinguir entre la convicción y la persuasión propiamente dicha. Aclaramos el porqué: no es lo mismo convencer que persuadir, ya que la convicción se dirige a la inteligencia, mientras que la persuasión invade el ánimo, el espíritu.

En este punto, en la práctica forense hay de todo como en botica: abogados, fiscales, jueces, etc., que creen que convencen persuadiendo y viceversa..., cuando, en realidad, ni convencen, porque no usan adecuadamente el intelecto o magín, ni persuaden, porque cuando informan tienen tan debilitado el ánimo que duermen incluso hasta a las moscas, las que, parafraseando al poeta, se erigen a veces en fieles fedatarias veraniegas de lo que acontece en las salas de vistas de nuestros juzgados y tribunales, en continua comunión mental con los en ellas presentes.

Repitémoslo: convencer al contrario es vencer con argumentos o razones las resistencias que la inteligencia de dicho adverso nos propone; y persuadir impone obligar al otro, casi por la fuerza, a que llegue a afirmar o negar aquello que a nosotros nos interesa que afirme o niegue...

En concreto, para la profesión de abogado lo idílico sería que en toda circunstancia se poseyeran ambas cualidades o habilidades: que convencieran mostrando los argumentos de peso ínsitos en la ley o norma jurídica, en lo que les asista, y que persuadieran de que ese mismo resultado, la conciencia nos lo impone, de modo y manera que lo que sentimos se confunda con lo que razonamos.

1.2. La introspección en el ánimo de los juzgadores

El problema, en el fondo, es el de conocer los medios a través de los cuales estamos en condiciones de convencer y además vencer el ánimo del juez o tribunal, a la hora de que nos dicte una sentencia o resolución que nos beneficie o, al menos, no nos resulte perjudicial en demasía.

Aunque la cuestión se nos antoja difícil y tortuosa, no obstante, *prima facie*, alguno se nos ocurre, a saber: el primero –el primerísimo–, sin el cual la cosa sonaría a patochada jurídica es muy simple: exijamos un mínimo de conocimiento jurídico y general acerca del asunto o negocio a plantear y defender ante el tribunal.

Es menester, pues, que el profesional postulante estudie la cuestión controvertida, no solo en sí misma o en su materialidad considerada, sino también en su forma, en sus accidentes y derivaciones y en sus consecuencias, a fin de que pueda, de principio, ir desmenuzando también los argumentos previsibles del contrario. Ello significa examinar todos los aspectos de la litis en sí, y en sus ulteriores reflexiones que requieran un precedente y dialéctico combate intrapersonal, esto es, ilustración de la fuerza y contundencia de las razones del probable adversario y las armas probatorias con las que contaremos para dicho choque y pugna, dado que, si las fuerzas resultaran exageradamente desiguales..., a lo mejor nos vemos desde inicio abocados a un anunciado ridículo fracaso, siempre nada apetecible, traumático y per se espantoso, cara en su momento de ofrecer las «explicaciones» debidas al cliente.

Y, de otra parte, no deben desconocerse los antecedentes que tenemos sobre el negocio o asunto, sabiendo, a la vez, aprovechar al máximo el bagaje cultural general, que no solo jurídico, que, presumiblemente, se nos habrá de presumir...

En esa misma dirección, otro medio fundamental es el de la lógica o, si se prefiere, el de la dialéctica, el que conduce, por sistema, a la erradicación de complicados silogismos fútiles o ininteligibles, optando siempre por los abreviados o cuasi tácitos (en definitiva, usando aquellos silogismos que dificulten mayormente la labor al contrario y que los «lógicos» denominaban, si no me confundo, *entrinemas* y *epignermas*).

La persuasión es la otra herramienta mortífera a usar en el combate más recio y para la oratoria forense resulta de utilización imprescindible. Aparte del citado Quintiliano y otros muchos especímenes humanoides de similar talla, el gran Aristóteles, al tratar en especial de estos medios, construyó luminosos ensayos y, al respecto, dividió las pruebas en naturales y artificiales.

Y señalaba que las naturales eran las que encontraban su fundamento en el asunto mismo y en sus testimonios, mientras que las artificiales serían las que brotan de los propios argumentos y reflexiones del orador y todas las demás que sean conexas al negocio.

De todas formas, a ambas especies es apropiado acudir para influir en el ánimo del tribunal, si es que este es mínimamente influenciable y receptivo, ya que, desgraciadamente, ejemplos negativos siguen existiendo respecto de tozudos y cabezudos tribunales inmutables que, por nada y por nadie (ni siquiera por los tribunales de orden superior), se dejan influenciar y convencer para cambiar sus criterios. En justa compensación, tampoco es deseable pasarse y traspasar ciertos límites, en razón de que si la lógica ha sido y será la clave o gozne principal de la oratoria forense, ambas parecen apuntar en la línea de que no por mucho argüir pruebas y más pruebas alcanzaremos una victoria segura, pues, en ocasiones, mediante un efecto *boomerang*, lo que a veces tal planteamiento provoca son efectos desfavorables, como el del cansancio, la somnolencia y la distracción de los miembros del tribunal, así como el de los cada vez menores asistentes y oyentes, en audiencia pública, de nuestras comparecencias y sesiones judiciales.

No me resisto a recordarles que este no es un fenómeno inusual o infrecuente.

En un alarde de respeto democrático y pleno a los principios esenciales del proceso, más de una vez el *Reichsgerits* alemán (digamos que el equivalente a nuestro Tribunal Supremo) ha anulado o declarado nula alguna actuación oral penal por violación del principio constitucional de la oralidad e intermediación procesal, tras haber constatado el hecho fisiológico de haberse quedado algún miembro de un tribunal u órgano judicial, en plena sesión o comparecencia, dormido o en estado semiinconsciente por somnolencia; con el añadido de imponer una sanción disciplinaria al bendito y angelical miembro en estado de dormición, por su falta o imprudente compostura.

Desde esta perspectiva, no sería desaconsejable evitar que los tribunales y juzgados hispanos sigan señalando, en ocasiones, sus juicios y vistas orales durante horas demasiado intempestivas, como podrían ser las de la tarde-noche, máxime en los meses estivales, a fin de impedir la importación masiva de prácticas como las alemanas reseñadas, las que pueden resultar muy europeas y comunitarias, pero nada loables o plausibles.

Ello nos reconduce a la conclusión de que la prueba en el proceso debemos enfocarla, más bien, desde el prisma de su peso y calidad, y no tanto del de su cantidad, es decir, *ponderandum* y no *numerandum*, precisando, a mayor abundamiento, que solamente ha de versar sobre aquello

a que se refiera la litis, o a todo aquello que nos conduzca a obtener la tutela jurisdiccional que pretendemos.

Y en apoyo de esta modesta conclusión, aun siendo poco respetuosos y algo irreverentes o altaneros, nos permitimos traer a colación a Cicerón, quien fervientemente nos recomendaba, como primera medida, la de estudiar y examinar al auditorio mismo y su psique, pues cualquier informante que se precie de inteligente ha de saber de inicio, conociendo de antemano la morfología del tribunal, qué argumentos son los que deberían hacer y dejar mejor y más mella en sus componentes o integrantes.

Otro factor digno de tener en cuenta a la hora de convencer mediante la palabra radica en saber medir bien la propia importancia o trascendencia social del litigio que se nos encomienda. De lo contrario, y si por ejemplo, acudiéramos a medios o métodos de conmover o demasiado sensibleros, el efecto final podría resultar pavoroso. Más bien y en su justa medida este tipo de fibras y mimbres han de servir, si acaso, para azotar la sensibilidad de los jueces en los juicios criminales, en los que, a priori, en este punto se cuenta con un mayor campo de «actuación».

Reseñable es, asimismo, porque influye muchísimo en el ánimo de los oyentes el hecho de que lo que defienda el parlante (de *voceros* y *personeros* ya nos hablaban las *Partidas* del Rey Sabio), lo presente como expresión de lo bueno y de lo verdadero o, al menos, como no muy malo, puesto que si conmover vale de válvula de escape a nuestro mundo complejo de sentimientos, y entre lo bueno, lo bello y lo verdadero existe una íntima relación o vínculo, a la postre y sin duda a ese fondo de armonía, de lo bueno y de lo verdadero ha de adosársele la forma bella del lenguaje.

Tampoco debe ignorarse que resulta útil hacerle al tribunal interesante el fondo del litigio, entendiendo por interesante no únicamente lo que implique beneficios o pérdidas para las partes contendientes, sino que, además, resalte la faceta de relevancia general o incluso particular para el juez, incluso en su propia estima, como insufrible intérprete y aplicador de la ley, al que no le disgustan ciertas loas y reconocimientos en tono comedido y sin pasarse.

Con otras palabras: todo el que pretenda algo ante la Jurisdicción es evidente que tiene un interés en que su petición sea acogida íntegramente, y de lo que se trata es de que ese interés particular o subjetivo también embargue al tribunal, de modo que la resolución judicial sea el resultado no solo del cumplimiento formal de un deber funcional, sino,

asimismo, de un entusiasmo en la búsqueda de la resolución más recta, equitativa y brillante (incluso, sería de desear en algunos casos que se provoque el lucimiento del juzgador, es decir, en símil taurino diríamos ponerle un toro con el que cuaje una gran «faena», presentándole al efecto el tema como especialmente atrayente por su singularidad, consecuencias sociales, etc.).

Desde esta atalaya, los jueces podrían convertirse en auténticos interlocutores de la sociedad ante sus propios problemas, en espejos comunicantes que reflejan a la sociedad todo aquello de bueno y de malo que aquella muestra cuando se interrelaciona jurídicamente.

Ello enlaza con el problema de los grandes delitos públicos y más aún entre ellos el de los que más inciden en el orden social (terrorismo, persecución de los grandes delincuentes, etc.). Mucha prudencia, no obstante, parece aconsejable tomar en estos puntos en lo referido a la pasión oratoria, ya que esta viene a erigirse como una agitación transitoria producida por fuertes eventos que influyen en nuestro estado anímico y, en buena medida, a todos el bien nos atrae y el mal nos repele. Por eso mismo, en materia penal, en principio, no es malo hasta cierto punto mover los efectos más íntimos, pero repárese en que, a pesar de ello, hoy en día no puede acudir a aquellos ancianos modos de conmover que se considerarían fatuos y hasta cómicos.

Que en Roma para conmover a los tribunales a misericordia se presentaran los reos con las cicatrices abiertas y las vestiduras rasgadas, con acompañamiento de gimoteos continuos, no creemos que sea hoy un modelo a imitar ni en su más mínima expresión, si ponderamos que la oratoria forense, siendo reposada y tranquila, no necesita de la ayuda de trucos o pequeños efectos teatrales, ni del uso de lo patético, aun cuando se trate de procesos criminales con especial impacto público y mediático.

Por otra parte, y se siguieran al pie de la letra los consejos de la Retórica, el problema se haría más gravoso, puesto que esta última aconseja que para conmover es preciso estar conmovido; que el orador debe ensimismarse en y con lo que dice y, por consiguiente, a todos, en muchas ocasiones, nos va a entrar la duda de si el informante, profesional del Derecho, no se habrá equivocado de andadura profesional y no hubiera resultado más fructífero para él y para el arte dramático o la industria del cine, rescatar un actor con tan vasta experiencia, acrisolada en una multiplicidad numerosa de juicios y procesos judiciales (anótese la sabiduría

del adagio popular que dice: «si quieres hacerme llorar, es menester que tú también llores [...]»).

Además, y no se tome a risa, si un letrado –supongamos– mueve el ánimo del tribunal en un sentido, debido a fuertes efectos emotivos, ¿con qué medios contará su ilustre compañero de adverso dentro de la misma práctica oratoria para reponer las cosas a su justo medio?

Ardua tarea sería el conseguirlo, mas la solución estaría en acudir a la fraseología del Ministerio Público: oponer frialdad, serenidad de ánimo y severidad legal frente a las razones de que se ha valido su oponente; o lo que sería más efectivo: el empleo de una finísima ironía, siempre con gran mesura, no siendo que los ánimos se enciendan y donde dije digo, digo Diego, y todo acabe en una desaforada dialéctica personal que el juez o magistrado que presida deba cortar, primero, verso a verso, y luego golpe a golpe... (ya no, por ser inusual, de mazo, y menos de «campanillazo», como los antiguos monaguillos en misa).

2. Estructura del discurso forense

2.1. La preparación del discurso. Cualidades de un buen orador forense

Como en su momento quedó anticipado, debe, ante todo, un buen orador forense conocer el Derecho, no tanto en esta época los usos jurídicos de la localidad en la que desarrolle sus funciones como, lo que ya no se enseña en nuestras facultades de Leyes, la Lógica.

No deviene superfluo, sin embargo, añadir que le será conveniente conocer, vivir, estar inmerso y, por qué no, disfrutar del mundo que le rodea, en sus costumbres, hábitos y desviaciones más comunes, pues, si hacemos del jurista un hombre de gabinete, un mero burócrata con ciertas dosis de engolamiento, mal va a desempeñar su rol máspreciado, vi-viendo al modo «ursulino», es decir, a espaldas de la sociedad en que se desenvuelve, tanto en el orden de los conocimientos, como en el de los sentimientos.

Consiguientemente, un buen orador forense debe adquirir una experiencia suficiente en todas las ciencias auxiliares del Derecho, debe insertar su conocimiento, huyendo de excesivas especializaciones cada vez más asfixiantes, en los movimientos y prácticas que la plural vida social diaria le va ofreciendo en multitud de campos y experiencias.

Para preparar el discurso forense, especialmente en aquellos procedimientos que por su relevancia o gravedad de medidas y consecuencias más lo requieran, es necesario trazarse un plan que, como diremos, puede constar de varias partes siguiendo un orden sistemático. Ha de decidirse también si aquel se va a limitar a una simple lectura, en caso de transcripción escrita, o si pretende confeccionar algo más lúcido y personalizado...

Si bien es cierto que la lectura puede ser un buen método inicial para los más inexpertos, también lo es que los escritos forenses siempre resultan excesivamente fríos y desde ese enfoque es preferible que se pronuncien de memoria y con cierta improvisación por el efecto de atención que provocan.

Lo normal, empero, y lo deseable es que el discurso forense sea fruto de la reflexión continuada y de la espontaneidad de los labios del que lo lleva a cabo, con apoyo, cosa que siempre se advierte, en el conocimiento profundo que sobre los problemas jurídicos concretos que se exponen se posee, ya que, sin discusión alguna, esa es la mejor receta para mantener la atención del tribunal, en cuanto que la mayoría de las veces este asume el discurso de las partes como punto de partida y visión inicial en el *iter* del nacimiento de la resolución a dictar.

Así pues, la improvisación produce buen efecto, si bien esta, necesariamente, requiere una mayor experiencia y de una sólida y profunda instrucción acerca de los problemas candentes de la litis, tanto en su aspecto fáctico como técnico-jurídico, en razón de que en muchas ocasiones por ventura habrá que reconducir el discurso en su forma exterior e improvisar la contestación, cuando se presentan nuevas argumentaciones por el adversario.

2.2. Las diversas partes del discurso forense

El discurso forense, como todas las cosas bien hechas, debe subordinarse a un método y orden lógico, a un plan científico, a una serie de planteamientos coordinados, sucesivos y concatenados para un mismo fin. No podría serlo menos, si se tiene en cuenta que su objeto es dar luz a la aplicación del Derecho en una confrontación social constatada. Desde esta premisa, el eje sobre el que debe girar todo discurso, el punto de cruce donde convergen todos los distintos matices y derivaciones del mismo reside en la proposición.

La proposición, a fin de cuentas, acaba concretándose en una súplica, es decir, en una sugerencia de proyecto de sentencia o resolución judicial,

pedida firmemente; y todos los argumentos deben encaminarse a sustentar y demostrar la verdad intrínseca y la juridicidad de la proposición que mantenemos mediante o a través de un conjunto de razonamientos y exposiciones.

Esas razones, principales o secundarias, hay que rodearlas de una envoltura externa lo más sugestiva posible, componiendo, como se dijo, el discurso más sugerente, evitando el sopor y la pesadez que por su excesivo formalismo o rigidez lo haga contraproducente.

Partiendo de estas ideas puede adelantarse que, según la Retórica, ese saber que ahora nos huele a añejo y rancio, pero que constituye un conjunto de reglas en alguna parte o medida aún atendibles, todo discurso puede descomponerse en cinco partes, unas principales y otras no esenciales.

Son estas: el exordio, la proposición, la narración, la confirmación y el epílogo.

Realmente, tratándose de oratoria forense, el discurso quedaría suficientemente vertebrado con dos apartados: la proposición y la confirmación.

El *exordio*, en sí, como parte inicial de la pieza oratoria o preámbulo de los razonamientos no deviene necesario, porque, en buena lógica, el juzgado o tribunal ya viene prevenido acerca de la problemática que el proceso fija y plantea y tampoco va a obrar conforme a las impresiones que pueda producir en esta fase el orador.

A *contrario sensu*, la mejor manera de captarse la benevolencia y admiración del juzgador se alcanza siendo lo más breve, escueto, directo y conciso posible en la exposición del discurso. Curioso resultaría examinar y verificar un análisis acerca del juego o aplicación en los últimos años de la regla de la brevedad y concisión en el discurso oratorio en los procesos ante el Tribunal del Jurado, si ponderamos que en los mismos son las partes acusadoras las que hablan e informan en primer lugar, y en último término las defensas, las que, seguramente, con el fin de proceder a una fuerte conmoción de los sufridos jurados, pueden pensar que la mejor manera de defender a sus clientes comporte ofrecer una auténtica conferencia prolija y extensa o, incluso, sintiéndose inspirado, un recital cara a la galería o numeroso público asistente en los casos de Jurado más mediáticos.

Al hilo de ello entendemos que el orador forense no debe dirigirse, ni siquiera indirectamente, al público asistente, en cuanto que su misión no es la de buscar de aquel el aplauso fácil o las muestras gestuales de

complacencia (si tal fuere su deseo quizás ganase más plata como *show-man*), sino que, no desviándose ni un ápice de su cometido, tratará de concentrar todos sus esfuerzos en la preservación y tutela de los intereses y derechos que tiene encomendados. Y los debe preservar y defender para y ante quien le dará la contestación correspondiente, esto es, el tribunal, al que realmente tiene que convencer y persuadir... Hacerlo para el público o plumillas o gacetilleros poco serios, no supone ningún triunfo profesional, más bien constituye una añagaza para sí mismo, sumar un discurso de gloria vana y efímera, en franca contradicción con la propia esencia de su profesión, que no es otra que la tutela a rajatabla, pero con respeto, de su patrocinado. Y por si fuera poco, tal clase de comportamiento conllevaría no tanto una falta de atención respecto del magistrado profesional que preside el Tribunal del Jurado, como a las personas que encarnan la justicia en nombre de la ciudadanía...

En segundo lugar, la *proposición* es recomendable en el discurso forense al manifestar y patentizar al tribunal la pretensión que se sustenta y, por tanto, el modelo de fallo que se aspira a lograr. Sobre la proposición han de girar todos los argumentos posteriores y aunque en la práctica sea corriente, en el orden lógico no ha de formularse al inicio de la exposición pues ello rechaza a su propia naturaleza, dado que si es súplica, esta debe ser el colofón de los argumentos expuestos (un ejemplo: si el Sr. Martínez se considera inocente del delito de asesinato que le imputa el fiscal y dicha inocencia me la creo, lo primero que habré de hacer es argumentar y razonar esa inocencia, para luego, una vez razonada, concluir con la solicitud de una declaración de absolución con todos los pronunciamientos favorables).

Si en el orden lógico tales serían las consecuencias, lo mismo ha de predicarse en el orden jurídico que concluye con el fallo o veredicto.

Así las cosas, bien enfocado el discurso, puede ser pertinente significar lo que se pretende *ab initio* para que sirva como punto de partida o de referencia de lo que se va a decir con posterioridad, sin perjuicio de que como colofón del mismo se materialice la suplica y se refuten, en su caso, las ideas que pudieran asistir al oponente.

De todo se deduce que como la proposición sintetiza lo que solicitamos, su enunciación debe realizarse en forma deprecativa o de ruego (en el fondo se ruega en los casos del Tribunal del Jurado no tanto al juez profesional como a determinados ciudadanos en los que se ha delegado una parte, al menos, de la función jurisdiccional).

La proposición, para demostrarse y conformarse, exige muchas veces ser fragmentada en fórmulas más pequeñas, puesto que, como es sabido, en los actos jurídicos confluyen muchas cuestiones que derivan, a su vez, de la cuestión principal; son cuestiones de hecho y de derecho que hay que delimitar bajo un planteamiento lo más ordenado y claro posible, separando lo importante de lo accesorio.

En un símil médico, diríamos que hay que proceder como procede el cirujano que en cada operación quirúrgica va seccionando y apartando los obstáculos hasta que llega al miembro que ha de curar e intervenir. Del mismo modo, el jurista irá rechazando lo absurdo, lo superfluo, presentando el objeto esencial del debate de modo directo y de todas las proposiciones entresacando las razones y deducciones que le permitan interesar una resolución que sea lo más acorde y ajustada a Derecho.

En cuanto a la *narración*, ¿esta deviene imprescindible? Estrictamente no. En numerosas ocasiones, los hechos se narran en la confirmación, y, en otras, porque los sucesos se suponen conocidos por el tribunal al suceder que en muchas ocasiones el mismo órgano, personalmente, ha investigado y llevado la instrucción sumarial puede sostenerse lo contrario.

Sin embargo, a la vez, puede afirmarse que la narración es relevante o ilustrativa siempre o a condición de que se exprese en un resumen breve de los hechos y sirva de presentación ante el tribunal, para poder, de seguido, exponer los razonamientos y las pruebas practicadas que la justifican, fijando de este modo más y mejor la atención de los jueces.

En todo caso, la narración resulta conveniente si se duda razonablemente acerca de si el juez ignora los hechos o los conoce de manera deficiente, mas siempre ajustándose a la brevedad (entendida esta no como idea de acabar pronto o decir menos de lo sabido, sino como mantenía y afirmaba nuestro buen amigo Quintiliano, tal es el sentido de la precisión: «no diciendo más de lo que debemos»).

Respecto de la *confirmación*, cuarto hito o mojón en el orden discursivo, es esencial y básica en la actuación forense, es el discurso mismo. En este sentido, la fijación y enumeración de los argumentos en la confirmación nos la señalará la naturaleza y complejidad del propio pleito o negocio jurídico litigioso. En este punto, también acudiendo una vez más a Quintiliano, indicamos que no parece adecuado que en una versión enrevesada se pase de los más importantes argumentos a los más débiles e

irrelevantes, ni tampoco el sistema homérico que presentaba, en primer término, los argumentos más relevantes, después los frágiles, para, finalmente, a modo de efecto de gracia, presentar el argumento base o más poderoso de todos.

De otro lado, puede acudirse al sistema de analizar la argumentación, presentándola por su orden histórico, según los hechos que le sirven de apoyo hayan venido sucediéndose en el tiempo.

La confirmación va estrechamente ligada a la refutación; es más, cuando a un abogado (que no letrado, como sabiamente puso en su día de manifiesto el añorado maestro de procesalistas D. Leonardo Prieto Castro) por lógica necesidad, le toca hablar con anterioridad a su oponente u oponentes, se verá forzado, bien de una manera velada, bien a las claras, a desbaratar las hipótesis que suponga han de servir de apoyatura a los segundos, según estime que le han de beneficiar o perjudicar a los efectos de sus propósitos. Pero, en este supuesto, para que la refutación tenga efectividad y opere en positivo, se hace preciso en todo momento tener en cuenta varios detalles, por ejemplo: si las consecuencias deducidas por el contrario vienen derivadas de falsos principios o si las consecuencias per se son falsas, o si van más allá de lo justo aunque los principios que las fortalecen son verdaderas, etc.

A la vez, se ha de tener presente si se ha dado por cierto lo dudoso, si se ha dado por confesado o confeso lo que en realidad no lo está o lo está a medias, si se tiene por propio y manifiesto del litigio o hecho delictivo lo que con ello tenga tan solo una relación remota, o que aun siendo próxima no es tampoco la debida, etc.

Todo ese cúmulo de probabilidades nos hace ver la conveniencia para el buen éxito de la empresa de deducir los argumentos de contrario y emplear lo que en buena terminología se llama el «retorqueo», o sea, el hecho de redargüir con los mismos pensamientos del adverso.

Por último, hemos de hacer mención del final discursivo o *epílogo*, pues toda actuación de informe concluye perorando o suplicando. El epílogo ha de versar y suponer una recapitulación de lo dicho y es más bien propio de asuntos extensos, mientras que la peroración de los sencillos deben estar inspirados en el deseo de utilizar un lenguaje propio y adecuado, sin abusar de adornos melifluos y galas estúpidas, ni de rocambolescos gorgoriteos poéticos; basta con la claridad, la sobriedad y la sencillez, eso sí siguiendo a rajatabla aquello de que «al pan, pan y al vino, vino».

Esa peroración final, que como todo el discurso ha de pronunciarse con voz entonada y natural, y ha de resultar agradable al pedir con buen sonido (enfonía), a la vez que debe evitarse la precipitación y la monotonía.

Por cierto, que aprehendiendo un poco del decoro británico no estaría de más que junto a la palabra se cuidara la acción, esto es, el gesto, que ha de ir acompañado de armonía en los movimientos del cuerpo, de la cabeza y de los brazos. El que escribe estas líneas, secretario judicial en excedencia, da fe de que en muchas ocasiones la propia compostura de los miembros del tribunal y demás partes intervinientes en los estrados de los tribunales podrían constituir el sustrato para componer un poema cómico, y en no pocas veces en razón de los gestos, la continua agitación, el constante desorden en su manera de actuar, de accionar y moverse, de ciertos oradores me ve visto inducido a un estado de cierto mareo en el intento de seguir la dirección de dichos movimientos corporales (así como una especie de efecto «barco en alta mar»).

2.3. Clases de oratoria forense

Según que la participación del ciudadano en la Administración de Justicia sea efectiva o no podría afirmarse que la oratoria forense debe o asume unos rasgos diferenciados; del mismo modo, es constatable que en función del número de componentes o integrantes del tribunal (unipersonal o colegiado) se ocasionan también singularidades y derivaciones en este tema.

Y resulta curioso destacar a este respecto que la oratoria forense en Grecia alcanzó un especial apogeo por un hecho incontrovertido: que los tribunales eran numerosísimos en su número y composición. Otro tanto puede predicarse respecto del Derecho Romano, que conoció de la oratoria frente a los comicios en general, incluso para las asambleas del pueblo, o respecto al senado, el cual a veces se constituía en tribunal juzgador y sentenciador.

No es difícil imaginarse que en aquellos tribunales extraordinarios, para los especiales casos que conocía, el orador interviniente daría en algunos momentos una verdadera lección de cómo había que conducirse, cómo había que moverse, y cómo la viveza de palabra respondía a un estado de exaltación o de explosión de pensamiento y sentimiento.

Modernamente, el abogado como orador viene dirigiéndose ante el tribunal de Derecho, cualesquiera que sea su rango, condición y composición,

con otra perspectiva, tratando de convencer con una exposición más lógica y tecnicizada, menos emotiva, en razón de la complejidad legislativa cada día más acuciante y necesitada de la colaboración material informática de todo tipo.

Asimismo, y sería poco honesto negarlo, la experiencia más reciente demuestra que frente a ello en las etapas históricas de vigencia, por ejemplo, del Tribunal del Jurado el abogado se ha sentido más libre (recuérdense los ardorosos, pero a la vez científicos informes del maestro penalista D. Luis Jiménez de Asúa ante los tribunales de la II República) y, además, ha contado con una esfera de acción más amplia, viéndose compelido y precisado de aclarar a los legos miembros del tribunal juradista diversos conceptos jurídicos, sin dejar de reconocer que las actas y crónicas periodísticas han dejado constancia de la demagogia, verborrea y palabra inútil que en muchas ocasiones fue emitida de modo consciente.

Es evidente que la oratoria encuentra un especial caldo de cultivo en el área penal, en razón de la propia naturaleza de tal clase de procesos, mientras que en la civil, por ejemplo, por motivo de la fuerza aún pujante del principio de la escritura, ha predominado históricamente la formulación escrita, más severa, cuasi académica y formularia, al contraerse mejor para la discusión de aspectos a veces exclusivamente técnico-jurídicos.

Es así, pues, que en las causas penales alcanza mayor dimensión y relieve el nivel fáctico compendiado en circunstancias estrictamente personales, móviles, etc., dando cabida al planteamiento de cuestiones médicas, psicológicas e, incluso, ético-morales y, por consiguiente, proyectando la palabra fuera de lo que podríamos adjetivar de estricto lenguaje jurídico-judicial...

De modo similar, tampoco resulta engorroso comprender que pueden establecerse diferencias en el *modus* de la oratoria, según quién represente y defienda un interés particular, quién el público, etc., etc. Así, por lo general, el Ministerio Fiscal viene utilizando, tradicionalmente, un lenguaje y una fraseología más fría y desapasionada (a veces excesivamente rituarial, formalista o de trámite), mientras que las defensas y acusaciones particulares, amén de devenir en más fogosas, suelen actuar como mayor permisibilidad a la hora de acudir a la metáfora o a la licencia literaria.

2.4. El informe en la casación

Sin duda, donde la oratoria forense debería alcanzar su máxima concisión, claridad altura y perfección de formas es en la actuación ante el Tribunal Supremo en defensa de un recurso de casación (olvidémonos, por el momento, de la Jurisdicción Constitucional, en la que los parámetros a valorar parecen apoyarse en ideas y principios bastante particulares). Las razones son obvias y nos sugieren una rápida y escueta reflexión: el informe en la casación ha de ser rigurosamente concreto y congruente con los puntos o motivos por los que se interpone; ha de poseer la suficiente categoría y altura científica como para demostrar que la tutela que con aquel se solicita presenta un mínimo atisbo de seriedad y que, al menos, suscitará la duda al alto tribunal, de modo y manera que deba este replantearse o sus anteriores pronunciamientos jurisprudenciales o la existencia de una defectuosa interpretación de la norma jurídica por el tribunal inferior.

Por esto mismo se comprenderá que en dichos informes (y en ratos perdidos hemos oído varios en las salas de dicho Tribunal de Casación) ha de huirse de lo patético y de lo grandilocuente, que podría causar chanza, y rechazarse toda clase de divagaciones, digresiones o recursos de chistera que lo único que patentizan es una de estas dos cosas: a) o que no existe base suficiente legal y fáctica para defender el recurso y estamos malgastando los esfuerzos y la paciencia horaria del alto tribunal; o b) que quien informa no tiene la talla o preparación o capacitación profesional suficiente para intervenir en estos recursos y debería contentarse con llevar litigios menos enjundiosos de los que pudiera salir airoso y ante tribunales más modestos.

En este punto la postura ha de ser tajante: en puridad de principios solo los más cualificados, técnica, científica y humanamente, deberían acudir a postular y deberían componer las más altas instancias judiciales, pues tan solo así su doctrina servirá de estímulo al trabajo y estudio de todos los demás –digamos una vez al menos esas horribles palabras– «operadores jurídicos».

3. Aclaración para esperanzados

No se ha pretendido con estas líneas molestar u ofender a nadie y mucho menos aconsejar por parte de quien por su corto entendimiento ha de esperar, si los hados le son favorables, ser asesorado y enseñado por quienes más años y luces tienen, simplemente se han pergeñado y urdido como unas cortas y poco serias meditaciones intrascendentes, nacidas al

hilo del ejercicio profesional de la función judicial durante algunas décadas y producto de una mentalidad inquieta.

Muchas veces los juristas, los que activamente participamos en este destartado teatro de la Administración de Justicia, deberíamos abandonar nuestro puesto en el escenario y bajar al patio de butacas para, como meros espectadores asombrados, aprender todo lo bueno y desechar todo lo malo y deprimente que la práctica del Derecho en los tribunales nos muestra a diario. Siendo especialmente receptivos quizá, de nuevo, empecemos a captar el valor y significado que la palabra, el «verbo», expresado y proclamado ante la jurisdicción, representa y, de esa manera, desparezándonos de una rutina que todo lo engulle, logremos entender que el Derecho, con mayúsculas, desenvuelve no se sabe bien si como Arte, Ciencia o Técnica, todo el dramatismo y a la vez grandiosidad de la vida social y humana.

A fin de cuentas, como señaló D. Francisco Giner de los Ríos:

Pero con ser la Ciencia y el Arte del Derecho tan opuestos entre sí como lo son el pensamiento y los hechos, la teoría y la práctica, se hallan, no obstante, íntimamente relacionados. Ambas esferas se refieren a un mismo objeto: el Derecho, de modo que bajo este aspecto no cabe entre ellas la menor distinción. Nace únicamente la diferencia del modo peculiar con que en cada una de ellas se da el Derecho, no de este objeto, que es siempre el mismo, ora nos propongamos conocerlo, ora sea nuestro ánimo practicarlo. Absurdo sería, en efecto, suponer que el Derecho que se piensa es cosa enteramente distinta del que se realiza, ya que hasta la unidad del nombre que le damos en una y otra relación, depone claramente de la unidad del objeto mismo en ambas².

A modo de conclusión de estas divagaciones añejas y extravagantes, podríamos aspirar y mejor desear que ojala la palabra guiada por un verdadero anhelo de paz social y justicia sirva, indisolublemente, para fundir ambas realidades a las que se refería D. Francisco. ¡La suerte de ello está en nuestras manos!

Alea jacta est.

² GINER DE LOS RÍOS, Francisco. *Prolegómenos del Derecho: Principios de Derecho Natural*. Madrid: La Lectura, 1916, tomo I, pp. 2 y 3.

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS

Tania García Sedano
Magistrada suplente Audiencia Provincial de Ávila
Profesora honorífica del Departamento de Derecho Penal
de la Universidad Carlos III de Madrid

El hombre que no vive a la altura de su tiempo,
vive por debajo de lo que sería su auténtica vida
es decir, falsifica su propia vida, la desvive.

Ortega y Gasset¹

Las palabras de Ortega y este artículo son un homenaje a Juan Agustín Moro Benito, un hombre que vivió a la altura de su tiempo y que vive en nosotros cuando, en palabras de Ortega, nos «desvivimos».

1. El delito de trata

1.1. El delito de trata

Si para describir la trata de seres humanos acudimos a un instrumento normativo internacional, como es el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas (especialmente mujeres y niños), que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, concluiremos que por trata de personas se entenderá:

La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al

¹ «Misión de la Universidad». En: *Obras completas*. 12 v. Madrid: Alianza Editorial, 1987, tomo IV, p. 344.

fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.

Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos².

En el ordenamiento jurídico español el delito de trata de seres humanos se encuentra regulado en el artículo 177 bis con un tenor prácticamente idéntico al ya mencionado.

La anterior relatora especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Sigma Huda, en su primer informe defendió que:

La trata representa la negación de prácticamente todos los derechos humanos: el derecho a la libertad, la integridad y la seguridad de la persona; el derecho de no ser sometido a torturas ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; el derecho a la libre circulación; el derecho a fundar un hogar y una familia; el derecho al mayor nivel posible de salud; el derecho a la educación.

Con arreglo al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en determinadas circunstancias la trata puede constituir un delito de lesa humanidad o un crimen de guerra³.

La trata de seres humanos es, como afirma Pomares Cintas⁴, «la versión moderna» de la trata de esclavos que se produjo hasta el siglo XIX. Aunque es más rentable, más barata que aquella legalmente establecida, porque se fundamenta en una relación de dominio en la que el valor de adquisición y mantenimiento del esclavo contemporáneo es bastante inferior.

Como consecuencia de la transformación de los derechos sociales, a través de una ética basada en la competitividad, la dignidad de la persona humana ha pasado a un segundo plano, en tanto que su protección no afecta a los pilares del sistema económico.

La trata de personas es, también, una consecuencia de la desigualdad entre los géneros, la falta de igualdad de oportunidades y las fuertes disparidades económicas dentro de los Estados. Destacando, entre ellos, la

² Artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.

³ HUDA, S. Informe de la relatora especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños. Integración de los Derechos Humanos de la mujer y la perspectiva de género, Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 2004, E/CN.4/2005/71, p. 6

⁴ POMARES CINTAS, E. «El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral». *Revista de Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-15 (2011), pp. 1-31.

corrupción, la vulnerabilidad debido a sistemas judiciales y de aplicación de la ley ineficientes, la inestabilidad civil y la imposibilidad de los Estados de proteger a sus nacionales.

1.2. Magnitud del problema

La trata de personas es uno de los crímenes internacionales más lucrativos y de más rápido crecimiento: genera aproximadamente unos 10 mil millones de dólares por año. En respuesta a los intensivos esfuerzos legales y políticos en el combate contra el narcotráfico, las redes criminales, involucradas en el comercio de drogas, están desviando cada vez más recursos hacia el desarrollo de trata de seres humanos.

Dicho de manera simple, el «costo» de comprar y vender seres humanos no es alto y los riesgos son considerablemente menores comparados con los de traficar con drogas o con armas⁵.

2. El bien jurídico protegido

2.1. El bien jurídico protegido como categoría

Von Liszt, señala que:

Nosotros llamamos bienes jurídicos a los intereses protegidos por el Derecho. Bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico⁶.

Roxin afirma que un concepto de bien jurídico, vinculante desde una perspectiva político criminal, solo se puede derivar de los cometidos –plasmados en la Constitución–, de nuestro Estado de Derecho a través de los cuales se le marcan límites a la potestad punitiva del Estado.

En consecuencia:

los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema⁷.

⁵ «Contra la Trata de niños y adolescentes». *Manual para parlamentarios*, 9. Unicef.

⁶ LISZT, F. von. *Tratado de Derecho penal*. 3 v. Madrid: Reus, 1999, tomo II, p. 6.

⁷ ROXIN, C. *Derecho Penal, parte general*. Tomo 1: *Fundamentos*. *La estructura de la teoría del Delito*. Madrid: Civitas, 2008.

La intervención del Derecho Penal se justifica como protección de bienes jurídicos. En este sentido, los bienes jurídicos expresan necesidades básicas de la persona y de los procesos de relación social.

La única restricción previamente dada al legislador en la determinación de los bienes jurídicos protegidos se halla en la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante desde una política criminal solo puede derivar de los cometidos plasmados en la Ley Fundamental del Estado de Derecho⁸.

En consecuencia, según Roxin, se podría decir que:

los bienes jurídicos son circunstancias o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.

El bien jurídico se justifica como categoría límite al poder punitivo del Estado, un obstáculo capaz de impedir arbitrariedades, distorsiones o confusiones en la elaboración de la estructura penal; las funciones de garantía son inherentes al bien jurídico penal y se vincula a la relación individuo-Estado. Bajo el mecanismo de garantía resulta posible denunciar todos los elementos que amenacen o avasallen a la persona en su relación con el Estado. Las funciones de interpretación de la norma penal conducirán siempre al bien.

2.2. El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos

Para delimitar cuál es el bien jurídico protegido en este delito no contamos con más datos que su ubicación sistemática, Título VII bis, su rúbrica, trata de seres humanos, y la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de Reforma del Código Penal.

En cuanto a la ubicación sistemática⁹ del delito en el Código Penal, no resulta una cuestión baladí en la determinación del bien jurídico protegido. El legislador incorporó un nuevo Título VII bis situado entre el Título VII referido a «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral» y el Título VIII relativo a «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales».

⁸ IBÍDEM.

⁹ BEDMAR CARRILLO, Eulogio. «El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos». *La Ley Penal*, 94-95 (jun.-jul. 2012), pp. 82-95.

La propia Exposición de motivos fija como objetivo de protección en el delito de trata de seres humanos, la dignidad y la libertad de la persona. Postura que es coherente con la ubicación tanto del precepto como del título¹⁰.

Al invocar la dignidad de la persona y los derechos inherentes a la misma como bienes jurídicos afectados por las conductas de referencia, se pone de manifiesto que el acatamiento de la Constitución Española constituye uno de los fundamentos, y no el menos importante, de la reforma. Según el artículo 10.1, «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social», lo que ha de ser completado por la constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para quien:

la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás.

En este momento se debate el Proyecto de reforma del Código Penal de 2013¹¹ y en cuanto al delito de trata de seres humanos no podemos compartir la opción del legislador en muchos de los aspectos¹².

2.2.1. *El delito de trata de seres humanos como delito pluriofensivo*

En caso del delito de trata de seres humanos, parece claro que no existe un solo bien jurídico protegido, sino que se advierte la posibilidad de que exista una pluralidad de bienes jurídicos que resultan afectados.

La razón de considerar el delito de trata de seres humanos como pluriofensivo radica en la posibilidad de que afecte la libertad ambulatoria, la libertad sexual, la indemnidad sexual, la salud física y mental, la libertad de autodeterminación personal, la seguridad laboral, la salud pública, y sobre todo, afecta la dignidad humana. El Estado debe proteger la igualdad de derechos entre todo ser humano, y prohibir que se disponga de un ser humano como si fuera una cosa materia de tráfico. La

¹⁰ BOIX REIG, Javier et ál. *La protección penal de los intereses jurídicos personales: (adaptado a las reformas de 2010 del Código Penal)*. Madrid: Iustel, 2010, pp. 297ss.

¹¹ Al respecto ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. *Estudio crítico al anteproyecto de reforma del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

¹² COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A. et ál. «El delito de trata de seres humanos». En: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. *Estudio crítico...*

trata de personas puede afectar bienes jurídicos de una persona o de varias personas, para ello en cada caso merecerá un estudio minucioso de las circunstancias en que se produjo el hecho, para poder ser encuadrados adecuadamente dentro de los presupuestos del tipo penal.

Visto desde dicho ángulo no se advierte el acierto al privilegiar únicamente al bien jurídico de la libertad de autodeterminación de la personas, por cuanto este delito, por su carácter pluriofensivo, tiende a que los sujetos activos vulneren diversos bienes jurídicos.

La protección de la dignidad es el fin supremo de la sociedad y el Estado, conforme así lo señala el artículo 10.2 de la Constitución Española, máxime si lo interpretamos, como el propio artículo prescribe, conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que afirma que «todo ser humano tiene derecho, en todas partes del mundo, al reconocimiento de su personalidad jurídica»¹³.

2.3. Dificultades en la delimitación del bien jurídico protegido

Consideramos, que si bien es cierto que en el delito de trata el bien jurídico protegido ya no es el interés del Estado en controlar los flujos migratorios, también es cierto que no solo se protege la dignidad y la libertad del sujeto.

Puesto que las formas de explotación posibles en el delito de trata son variadas, podemos afirmar que el bien jurídico protegido que estas lesionarían supondrían la integración del interés protegido, en el delito que nos ocupa. Esto nos lleva a admitir que los objetos jurídicos pueden ser varios, con la consiguiente indeterminación del objeto tutelado. A ello debemos añadir el hecho de que la explotación no tiene efectivamente que producirse para que el tipo de trata se consume y que, en caso de acontecer, generalmente sólo ganará la consideración de delito en el supuesto en que los medios empleados para realizar la trata se mantengan subsistentes en el momento de producirse la explotación¹⁴.

Sobre la cuestión de la determinación del bien jurídico protegido, lejos de existir unanimidad, hay divergencia de criterios en la doctrina. A ello

¹³ Artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

¹⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C. «El delito de trata de personas: Análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación». *AFDUC*, 14 (2010), pp. 819-865.

colabora la inexistente referencia legal al mismo, lo que nos aboca a interpretar y reinterpretar los textos, todo ello, junto con la propia entidad pluriofensiva del delito de trata.

Junto con la dificultad en la determinación del bien jurídico protegido, consideramos que es decisiva la diferenciación entre este y el concreto objeto de la acción¹⁵. A veces parecen coincidir pero esto es así solo aparentemente.

En cuanto a la doctrina, hemos de destacar la postura de Villacampa Estiarte y Pérez Cepeda quienes sostienen que el bien jurídico protegido es la dignidad humana y no comparten que sea la integridad moral:

Ciertamente, el interés «dignidad» constituye un objeto jurídico difícilmente aprehensible, al que resulta complejo dotar de un contenido positivo. Posiblemente sea en esa dificultad añadida al hecho de que en la Constitución española no se le reconoce la categoría de derecho fundamental –pues aparece reflejado en el art. 10.1 CE como uno de los fundamentos del orden político y la paz social–, sin que sus vulneraciones puedan ser así objeto de recurso de amparo, en la que deba buscarse el rechazo de un sector de la doctrina a identificar la dignidad con un posible bien jurídico-penal. La integridad moral vendría con ello a ser, conforme al ordenamiento constitucional español, el más fiel reflejo de la dignidad en el catálogo de derechos fundamentales, dotándola de contenido positivo aunque no necesariamente coincidieran en el contenido de una y otra.

No podemos prescindir de otro aspecto y es que la internacionalización de la criminalidad exige una respuesta penal que ha de revestir una dimensión, también, internacional, y ha de sustentarse en la articulación de instrumentos de cooperación judicial y policial que garanticen la necesaria flexibilidad y eficacia¹⁶.

La delincuencia transnacional es delincuencia organizada, tanto en sus manifestaciones empresariales convencionales como en las modalidades de la llamada macrocriminalidad: narcotráfico, tráfico de armas o de personas, etc.

Hoy el mercado, tendencialmente globalizado, no solo brinda amparo a modalidades delictivas como la trata de seres humanos, sino que

¹⁵ ROXIN, C. *Derecho Penal, parte general*. Tomo I: *Fundamentos...*

¹⁶ TERRADILLOS BASOCO, J. M.^a. «Sistema penal y Criminalidad Internacional». En: *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*. NIETO MARTÍN, Adán (coord.). 2 v. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha; Salamanca: Universidad, 2001, vol. I, pp. 749-778.

permite el nacimiento de otros tipos que encuentran en ese modelo económico su razón de ser.

La trascendencia de ese tipo de delincuencia supera la afectación a los bienes jurídicos inmediatamente atacados, genera un sistema económico informal cuyos beneficios superan el producto nacional bruto de numerosos países, constituye:

una amenaza directa contra la seguridad y la estabilidad nacional e internacional, y desorganiza y compromete las instituciones sociales y económicas, causando una pérdida de confianza en los procesos democráticos y desviando las ganancias obtenidas mediante el desarrollo¹⁷.

Por tanto y sin poder obviar lo ya mencionado, tenemos que subrayar que la relación entre lo normativo y lo fáctico produce consecuencias no solo en la determinación de la función del Derecho Penal, sino también en todos los elementos del delito, y por ende, en el bien jurídico protegido.

La potestad de intervención propia de un Estado de Derecho fija al mismo tiempo la medida para valorar la proporcionalidad de la intervención penal, la jerarquía de los bienes jurídicos, informa también sobre los grados de gravedad que determinan una proporción adecuada entre la prohibición de acción y la amenaza penal, por un lado, y la amenaza y el ataque, por otro¹⁸.

En conclusión consideramos que en el delito de trata de seres humanos existen dos tipos de bienes jurídicamente protegidos, los inmediatamente afectados y los que trascienden.

2.4. Bienes jurídicos inmediatamente afectados

En cuanto a los bienes jurídicos protegidos existe, más o menos, unanimidad en la doctrina, siendo estos la dignidad y la integridad moral.

¹⁷ BARBERO SANTOS, M. «Presentación». En: *Criminalidad organizada: [Reunión de la Sección Nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest]*. Almagro: Gabinete del Rector de la Universidad de Castilla-La Mancha, [1999], pp. 6-7.

¹⁸ HASSEMER, Winfried. «¿Puede hacer delitos que no afecten a un bien jurídico penal?». En: *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

2.4.1. Dignidad

a) Concepto: ¿Qué es la dignidad?

Desde una perspectiva filosófica acudiremos a Unamuno para entender ante qué nos encontramos:

Así como no apreciamos el valor del aire o el de la salud hasta que nos hallamos en un ahogo o enfermos, así al hacer aprecio de una persona olvidamos con frecuencia el suelo firme de nuestro ser, lo que todos tenemos de común, la humanidad, la verdadera humanidad, la cualidad de ser hombres, y aún la de ser animales y ser cosas.

Entre la nada y el hombre más humilde la diferencia es infinita, entre éste y el genio, mucho menor de lo que una naturalísima ilusión nos hace creer¹⁹.

Desde una perspectiva constitucional, el artículo 10.1 de la Constitución Española de 1978 sirve como auténtico pórtico interpretativo al Título al que precede.

En este caso, los principios que constitucionaliza, sin mengua de su normatividad, tienen un importante contenido axiológico y, en consecuencia, son de gran trascendencia para el legislador en su tarea creadora de normas, así como para el intérprete en su función hermenéutica²⁰.

Pese a su relevancia, la dignidad constituye un objeto jurídico difícilmente aprehensible.

La concepción dogmática de la dignidad en España la estableció el Tribunal Constitucional en STC 53/1985, en su fundamento jurídico 8.º:

La dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás.

La sentencia del Tribunal Constitucional número 212/1996 se hace eco de la importante proposición relativa a la inadmisibilidad de equivalentes para el ser humano, como consecuencia de su dignidad.

En ese sentido acoge la clara formulación kantiana:

La humanidad misma es una dignidad, porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros; ni siquiera por sí mismo), sino precisamente a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad, en

¹⁹ UNAMUNO, M. de «La dignidad humana». En: *Obras completas*. 9 v. Madrid: Esceliler, 1966-1971.

²⁰ CARRERAS, F. de y GAVARA DE CARA, J.C. *Leyes políticas*. Pamplona: Editorial Thomson, 2006.

virtud de la cual se eleva sobre todos los demás seres del mundo que no son hombres y sí que pueden utilizarse, por consiguiente se eleva sobre todas las cosas²¹.

La sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán en la BverfGE 45,187 estableció:

A la norma de dignidad de la persona subyace la concepción de la persona como ser ético espiritual que aspira a determinarse y a desarrollarse a sí mismo en libertad. La Ley Fundamental no entiende esta libertad como la de un individuo aislado y totalmente dueño de sí mismo, sino como la de un individuo referido y vinculado a la comunidad.

b) Vulneración de la dignidad

La dignidad se presenta en las relaciones intersubjetivas. En principio cabe afirmar que la autocomprensión de la propia dignidad contribuye a conformar el contenido de la misma. Ahora bien, esto es así solo a efectos de entender cuando se viola la dignidad del otro²², como en la relación con los demás; como señala W. Maihofer, ¿cómo se puede violar lo que es inviolable?²³.

En la violación de la dignidad se produce un desconocimiento del reconocimiento. Pero no toda falta de este supone una vulneración de la misma. La dignidad se vulnera mediante la «reificación» formas de utilización instrumental de otras personas, o su tratamiento como cosas o mercancías en un contexto intersubjetivo²⁴.

2.4.2. Integridad moral

Pérez Alonso sostiene, compartiendo criterio con Lorenzo Copello y Maqueda Abreu, que la trata de personas provoca un atentado contra la integridad moral, desde el momento en que, las víctimas, dejan de ser tratadas como personas y convertidas en cosas para satisfacer intereses ajenos²⁵.

²¹ KANT, I. *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Tecnos, 2005.

²² ALONSO ÁLAMO, M. «Bases para la delimitación de los bienes jurídicos en la sociedad multicultural». *Revista general de Derecho Penal*, 18 (2012).

²³ MAIHOFFER, W. *Estado de Derecho y Dignidad Humana*. Buenos Aires- Montevideo: B. de F. 2008.

²⁴ HONNETH, A. *Reificación. Un estudio en la teoría del reconocimiento*. Buenos Aires: Katz Editores, 2007.

²⁵ PÉREZ ALONSO, E. *Jornadas sobre la Ley de Extranjería. Sus repercusiones en el ámbito laboral*. Granada: Universidad de Granada, 2001, p. 146.

a) Concepto: ¿qué entenderemos por integridad moral?

El constituyente, en palabras de Carmen Barranco²⁶, ha deseado que la integridad moral tenga una expresa protección como categoría autónoma, y, pese a su extrema imprecisión, que se convierta en la clave para aglutinar todos aquellos comportamientos que la vulneran.

En un intento de aproximarnos al concepto, acudiremos al artículo 15 de la Constitución Española²⁷. Sin embargo no se llega a sintetizar el contenido del Derecho.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha intentado colmar ese vacío al subrayar que el artículo 15 de la Constitución garantiza:

El derecho a la integridad física y, moral, mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra los ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, si no también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular²⁸.

La tesis que identifica el derecho a la inviolabilidad de la persona con el concepto de integridad moral se ha reproducido en diversas sentencias, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Constitucional 137/90, de 19 de julio.

Por otro lado, el Tribunal Supremo ha intentado definirlo más precisamente apoyándose en el artículo 15 de la Constitución y lo define como:

Un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, fin en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento.

En otras sentencias, 20 de julio de 2004, 6 de abril de 2000 y 8 de mayo de 2002, el mismo tribunal se decanta por vincular el concepto de integridad moral con todas las facetas de la personalidad, como la de la identidad individual, el equilibrio psicofísico, la autoestima, o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano.

²⁶ MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. *Dirección y Coordinación. La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Albolote (Granada): Ed. Comares, 2012.

²⁷ «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra».

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 120/90 de 27 de junio.

Llegando a afirmar que la integridad moral es una categoría conceptual propia, un valor de la vida humana independiente del derecho a la vida, integridad física, libertad, etc., sin que quepa confundir integridad moral con el derecho fundamental a la misma.

En el contexto comunitario el artículo 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece: «Derecho a la integridad de la persona. La dignidad humana es inviolable, será respetada y protegida».

En conclusión, del análisis del artículo 15 de la Constitución, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de los debates parlamentarios, puede desprenderse que el concepto de «integridad moral» siempre está vinculado a la «integridad psíquica» y a la «salud física y mental» en el contexto de los derechos de la personalidad, vinculados al sujeto por el hecho de serlo.

Por ello, no resulta admisible la reducción de la integridad moral al concepto de incolumidad, pues este abarca sendas formas de integridad; ni tampoco al concepto de inviolabilidad personal, ya que también incluye los ataques a la integridad física.

2.5. La dignidad humana como nexo entre el bien jurídico protegido inmediato y el trascendente

Como señala Díez Picazo²⁹, pese a la proclamación de la dignidad humana en el artículo 10.1 de la Constitución, dentro del Título I, no se puede afirmar que nos encontremos ante un derecho fundamental en sentido propio.

El artículo 10.1 de nuestra Carta Magna prescribe:

La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

Lo que significa que la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, en el sistema de valores que la Constitución establece, son el fundamento del orden político y de la paz social, es decir, de la base última de la convivencia democrática.

Por eso trasciende a la propia dignidad y con el delito de trata consideramos que se protege, también, el orden político y la paz social.

²⁹ DÍEZ PICAZO, L. M.^a. *Sistema de Derechos Fundamentales*. Madrid: Civitas, 2003.

En nuestro ordenamiento jurídico el artículo 1.1 de la misma afirma:

España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Los fines últimos del Estado Social y Democrático de Derecho³⁰ no pueden ser otros que la promoción y la garantía de respeto de esos máximos principios, y es la tendencia a su realización lo que legitima la exigencia de obediencia del propio aparato del Estado.

Desde esta instancia, la dignidad supone una afirmación de la priorización de la persona, de todos y cada uno de los individuos, sobre el Estado. Los poderes públicos son un instrumento al servicio de las personas y en ningún caso al revés.

Late aquí una visión axiológica del Estado de Derecho, este no es solo un conjunto de garantías procedimentales que protege a las personas de los poderes públicos, sino que exige de estos una actitud de respeto hacia el valor irrepitable de toda vida humana³¹.

Desde esta perspectiva y puesto que la dignidad humana significa la exigencia de respeto incondicional al ser humano, el reconocimiento de esta exigencia plantea la cuestión de cómo se materializa tal respeto, y la respuesta se encuentra precisamente en los derechos fundamentales³².

Estos pueden contemplarse como un conjunto de bienes básicos para que los seres humanos desarrollen libremente su personalidad en el marco de una determinada sociedad³³.

El libre desarrollo de la personalidad no solo se logra mediante la protección de determinados ámbitos de actuación humana, sino garantizando también bienes encaminados a asegurar una igualdad básica entre todos los ciudadanos. Dado que los distintos derechos fundamentales posibilitan ambas cosas, podría decirse que representan un equilibrio entre la libertad y la igualdad, imprescindible para ajustar la vida social y hacer posible su coexistencia.

³⁰ Artículo 1.1 Constitución Española.

³¹ DÍEZ PICAZO, L. M.^a. *Sistema de Derechos Fundamentales...*

³² SERNA, Pedro. «La dignidad humana en la Constitución Europea». En: GARRIDO MAYOL, V. y ÁLVAREZ CONDE, E. *Comentarios a la Constitución Europea, Libro II*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 214-225.

³³ HESSE, K. «Significado de los derechos fundamentales». En: BLEND, E. et ál. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

2.6. Bienes jurídicos protegidos que trascienden

Citando a Marx:

[...] la idea de que los individuos, libre y deliberadamente, celebran contratos con el Estado y que esos contratos constituyen el Derecho no tienen en cuenta las bases materiales del poder.

Cuando las condiciones materiales se expresan como relaciones de desigualdad y explotación, como sucede en el capitalismo, la idea de que la ley guarda algo más que una relación muy directa con la voluntad es utópica [...] sólo los visionarios que ven en el Derecho y en la ley el imperio de una voluntad general dotada de propia existencia y sustantividad, pueden ver en el delito simplemente la infracción del Derecho y de la Ley³⁴.

Partiendo del nexo que supone la dignidad entre los bienes jurídicos inmanentemente protegidos y los que trascienden no podemos obviar la dinámica comisiva del delito de trata.

La trata de seres humanos constituye un fenómeno cuya dañosidad aumenta en la medida en que la creciente permeabilización de las fronteras ha potenciado la rentabilidad de los negocios criminales, multiplicando sus beneficios y minimizando los costes que aseguran la impunidad³⁵.

En efecto, tanto el Derecho interno³⁶ como los convenios internacionales³⁷ recogen el delito de trata como manifestación de una criminalidad

³⁴ MARX, K. y ENGELS, F. *La ideología alemana*. 3.^a ed. Barcelona: Grijalbo, 1970.

³⁵ QUELOZ, N. «Les actions internationales de lutte contre la criminalité organisée: le cas de l'Europe». *Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé*, 1997, p. 722.

³⁶ El art. 282 bis 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal considera delincuencia organizada la asociación para realizar de forma permanente o reiterada conductas que, con la excepción de los delitos de terrorismo, con responden inequívocamente a ese móvil. Incluso los delitos de tráfico de material nuclear y radioactivo o de armas, municiones o explosivos, cuando no sean meras modalidades instrumentales de criminalidad terrorista.

El artículo 2 de la Ley Orgánica del Derecho de Asociación establece que son asociaciones ilícitas: «Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión».

³⁷ El proyecto de Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad transnacional organizada, de marzo de 1999, identifica como grupo criminal organizado a la asociación de tres o más personas con la finalidad de cometer infracciones graves «para obtener directa o indirectamente, un beneficio financiero o material de otro tipo». El catálogo de infracciones graves es muy similar al de la Ley de Enjuiciamiento Criminal español.

transnacional, cuyo denominador común es la orientación, objetiva y subjetiva, a la obtención del lucro³⁸.

La trata de seres humanos está relacionada con la seguridad de un país ya que la criminalidad organizada es el principal sujeto activo del mismo. Por ello, el tráfico de personas constituye también una amenaza para la seguridad, para nuestras naciones, para la cohesión social³⁹.

La Declaración del Milenio manifiesta la necesidad de liberar a la humanidad del miedo y la miseria, y al mismo tiempo combatir el crimen organizado, la trata de seres humanos, el blanqueo de dinero, así como todas las formas de explotación⁴⁰.

2.7. Criminalidad organizada en un mundo globalizado

El sistema de producción de libre mercado que se ha impuesto desde la caída del muro de Berlín, aunado con el desarrollo tecnológico fundamentalmente en el ámbito de las telecomunicaciones, ha facilitado el movimiento de capitales, bienes y servicios, incrementando, exponencialmente, el comercio internacional⁴¹. Pero no ha sido esa su única causa, la unificación de los mercados mundiales ha favorecido el desarrollo transnacional de la criminalidad.

El delito global se expresa en la criminalidad organizada. El tráfico de armas, drogas y seres humanos son formas de criminalidad que tienen como característica común explotar las estructuras del comercio internacional. Se logran así ganancias ilícitas que ascienden a medida que corrompen las relaciones legales, logran la impunidad, etc. No podemos, por tanto, obviar la relación entre las ganancias ilícitas y la corrupción de las relaciones económicas y políticas lícitas⁴².

³⁸ «El crimen organizado persigue típicamente la obtención de poder y/o lucro», declaran las resoluciones del XVI Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado por la AIDP en Budapest, septiembre de 1999, Sección I, I.1.

³⁹ Anders Oljelund, embajador de Suecia para la cooperación internacional contra el tráfico de seres humanos, Ministerio de Asuntos Exteriores de Suecia. Ponencia en el Congreso Internacional de Derechos Humanos y Prostitución celebrado en Madrid los días 22 y 23 de noviembre de 2006.

⁴⁰ Naciones Unidas. A/RES/55/2*. Asamblea General. Distr. general, 13 de septiembre de 2000. Quincuagésimo quinto período de sesiones.

⁴¹ Informe sobre el Desarrollo Humano 2005, PNUD.

⁴² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Criminalidad organizada y sistema de Derecho Penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Albolote (Granada): Ed. Comares, 2009.

La estrategia general de la criminalidad organizada consiste en ubicar sus funciones de gestión y producción en zonas de bajo coste y bajo riesgo, controlando de manera relativa el entorno institucional, mientras que buscan los mercados preferentes en las zonas de demanda más ricas, a fin de cobrar precios más altos y así obtener el lucro.

Todas las ganancias ilícitas llegan a un desagüe común, el blanqueo de capitales. El fin de las organizaciones criminales es poder aprovechar las ganancias ilícitas y ello sólo puede lograrse invirtiendo el dinero en la economía legal⁴³.

El modelo de participación en asociación u organización criminal deberá ser analizado a la luz de una nueva macrocriminalidad, que actúa realizando acciones de amplio espectro, donde los sujetos activos suelen ser grandes organizaciones criminales y los bienes jurídicos plurales (de índole colectivo e individual) y las víctimas son prácticamente indeterminadas.

La criminalidad organizada de nuestros días, expresada en los tráfico de personas, niños, órganos humanos, prostitución, capitales ilícitos, drogas y un largo etcétera, ha sido capaz de beneficiarse de los avances tecnológicos y de la libertad de los mercados para dar un salto cualitativo en su actuar criminógeno y ofrecernos un tipo de delincuencia que parece no ser fácilmente definible con los parámetros tradicionales de las categorías penales.

Todo ello ha procurado al fenómeno de la criminalidad organizada sinergia en sus actividades delictivas, llegando en los casos más graves a poner en peligro la seguridad de las naciones e incluso, en algún caso, la paz mundial⁴⁴.

⁴³ FERRÉ OLIVÉ, J. C. «Corrupción, crimen organizado y blanqueo de dinero en el mercado financiero». En: FERRÉ OLIVÉ, J. C. (ed. lit.). *Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*. 4 v. Salamanca: Universidad, 2002, pp. 13-24.

⁴⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Criminalidad organizada y sistema de Derecho Penal...*

3. Conclusión

El delito de trata de seres humanos es un delito pluriofensivo que protege, no solo, la dignidad y la integridad moral del ser humano sino, también, la subsistencia del propio Estado como lo configura nuestra Carta Magna, es decir, como Estado Social y Democrático de Derecho.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO DE DEFENSA EN EL PROCESO PENAL

Ricardo González Cerrón

Teniente Fiscal de la Fiscalía de la C. A. de Castilla y León

En alguna ocasión se ha afirmado, probablemente con gran sagacidad, que «la historia del proceso penal moderno no es más que la historia de la mayor y progresiva ampliación de los derechos de defensa»; así lo sostiene Bellavista, a quien cita Moreno Catena¹.

Admitido lo anterior, resulta claro para los que conocimos a Juan Agustín Moro Benito –Juan– y que, como operadores jurídicos, tuvimos ocasión de rozarnos profesionalmente con él, que fue y a buen seguro hubiera seguido siendo, de no impedirlo su prematura y trágica muerte, un jurista de vanguardia en el movimiento orientado a la profundización del derecho de defensa que comporta la cita literal anteriormente transcrita y con la que he iniciado estas líneas. Esa es mi convicción surgida del estrecho contacto que mantuvimos, mediada la década de los ochenta del pasado siglo, cuando ambos coincidimos en Palencia, sirviendo él destino en su Audiencia Provincial y yo en su Fiscalía.

Eran aquellos días, de los ochenta mediados, tiempos en los que la Constitución de 1978 –sin perjuicio de proclamar en su artículo 24 el derecho a la defensa– padecía aún –en su relativamente corta andadura en el tiempo por entonces– de una limitada vigencia social entre la comunidad profesional de juristas; muchos de ellos férreamente moldeados, en cuanto a las conductas de su oficio, con patrones mentales adquiridos bajos las premisas y prácticas de una Administración de Justicia en gran

¹ MORENO CATENA, Víctor. *La defensa en el proceso penal*. Madrid: Editorial Civitas, 1982.

medida connivente con el régimen político anterior, poco amigo de garantías procesales.

Pues bien, Juan, provisto en sus resoluciones judiciales únicamente de la Constitución y de las previsiones que encerraba la redacción del artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal fue abriendo camino y asiento a una mejor y más amplia aplicación de un derecho de defensa, que, a pesar de ser consustancial al proceso penal mismo, no dejaba de padecer censurables constreñimientos y olvidos por parte del tipo de juristas indicado, concitando en ocasiones la enemiga de estos, aunque la bonhomía de Juan terminaba convirtiendo a muchos de esos recalcitrantes en amigos suyos.

Y, sin lugar a dudas y tal y como antes opinaba, sería Juan un jurista de vanguardia en el movimiento a favor del perfeccionamiento y depuración del derecho de defensa, por cuanto que su compromiso con este surgía no de una disposición anímica *pietatis causa*, más o menos argumentada en una filosofía humanitaria, sino de su sólida a la vez que sencilla convicción de ser el derecho de defensa algo consustancial a un orden natural de las cosas.

Sentado lo anterior, abordaré en lo que sigue algunas breves reflexiones sobre el derecho de defensa desde una perspectiva práctica y en un plano de *lege ferenda*, inspirado en un enfoque de mejora de ese derecho y que, según pienso, son reflexiones que bien pudieran haber sido asumidas o suscritas por Juan, como consecuencia de ese su compromiso que digo con tal derecho, al margen de concretos borradores, anteproyectos o proyectos de ordenación procesal penal que puedan sucederse de futuro –ya sea con instrucción en sede judicial o fiscal– en estos tiempos aquejados de no pocas incertidumbres de política legislativa.

Tales reflexiones tienen que ver con:

1. La imputación jurídica.
2. El traslado de las actuaciones.
3. Potenciación del derecho de defensa del responsable civil.
4. Evitación de los *juicios rápidos* en caso de inimputabilidad.

1. La imputación jurídica

Digamos así que un mejor entendimiento, por parte de una persona imputada de la imputación que contra ella se formula, exige la comunicación,

además de lo que pudiera llamarse la imputación fáctica, de lo que sería la imputación jurídica.

La imputación fáctica se sustanciaría, de conformidad con el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la puesta en conocimiento de «la admisión de denuncia o querella y de cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación»; o bien dispensando al imputado la información «de los hechos que se le imputan», prevista en el artículo 775, también de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por su parte la imputación jurídica supondría la formulación de una calificación provisional en Derecho de los hechos que se le atribuyen al imputado, calificación que le sería participada a este.

La previsión de ilustración sobre una imputación jurídica, además de la fáctica, debería quedar recogida en una futura ley procesal de orden penal, puesto que siendo, las más de las veces, la persona sujeta a imputación lega en Derecho, solo con una información, aun por somera que sea, de las consecuencias jurídicas que comportaría la conducta a ella reprochada es posible que pueda empezar a valorar y sopesar, en su verdadera trascendencia, tal conducta; y así arbitrar en mejor medida los medios y estrategias de defensa que considere de su conveniencia e interés.

Obviamente, la provisionalidad de la calificación jurídica que, para su ilustración, debe brindarse a la persona imputada por un presunto comportamiento criminal de esta, y que será objeto de investigación en el proceso, no puede impedir su ulterior modificación o ampliación con la apreciación de la concurrencia de otras figuras delictivas, en otros momentos o fases procesales posteriores, como consecuencia de una consideración más aquilatada de los datos iniciales que dan lugar a la instrucción o bien de los que se pongan de manifiesto en el transcurso de esta, ya que el objeto del proceso no se identifica tanto con una calificación jurídica como con un hecho individualizado como delito, tal como viene a sostener la STS de 14 de mayo de 1999. Así la calificación jurídica provisional de los hechos imputados se limitaría a ser la exteriorización de un juicio de probabilidad de una posible responsabilidad penal que fundamentaría la subsiguiente actividad instructora, sin predeterminar el contenido fáctico y jurídico de una calificación acusatoria futura.

2. El traslado de las actuaciones

Sucede también que tras la redacción del artículo 767 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, llevada a cabo por la Ley 38/2002, de 24 de octubre –mucho tiempo después de no estar ya Juan entre nosotros–, en cuanto que el citado precepto establece que «desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada», es claro que en las declaraciones prestadas ante el juez por la persona sujeta a imputación –esté o no detenida– resultan siempre necesarios la presencia y servicios de abogado.

Ahora bien, para conseguir la plena eficacia del derecho de defensa en el momento procesal de la declaración judicial, evitando cosas tales como autoincriminaciones o reconocimientos de los hechos imputados que, verosímilmente, no habrían tenido lugar de estar la persona imputada oportunamente advertida por letrado, se hace preciso que este disponga de la posibilidad de tomar vista de las actuaciones practicadas hasta ese momento o bien hasta el momento anterior a la entrevista reservada que pueda preceder a la declaración y que está contemplada en el artículo 775 –párrafo segundo– de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Y dicho lo anterior, se puede aducir que ya el artículo 302 del mismo texto legal, indica, genéricamente –salvo que medie la declaración judicial de secreto que refiere en su párrafo segundo–, que «las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones», como también se puede alegar que el precitado artículo 775 impone que «en la primera comparecencia el juez informará al imputado, en la forma más comprensible, de los hechos que se le imputan»; y así, en definitiva, se puede sostener que ambos preceptos –302 y 775– son garantía suficiente para ejercitar un adecuado derecho de defensa al tiempo de prestar declaración en la instrucción la persona imputada.

Pero a pesar de las objeciones precedentemente expuestas es preciso reparar en escollos tales como son, entre otros, las inercias de la oficina judicial a la aceleración del proceso, la posible sucesión de diferentes profesionales en la asistencia al imputado o lo marcadamente somero del contenido de la información brindada al mismo, escollos que hacen que las potencialidades defensivas que encierran ambos preceptos citados –302 y 775– bien puedan desvirtuarse en gran medida en la práctica; y de ahí la pertinencia de dar un paso más, en una futura ordenación del proceso penal, disponiendo el traslado imperativo de las actuaciones a la parte imputada antes de su declaración o de la entrevista reservada

antecedente con su letrado y, también, antes de llevarse a cabo la comparecencia sobre situación personal, hoy en día prevista en el artículo 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El traslado que se propone deberá ser, cuando menos, de las actuaciones que el instructor juzgue relevantes a los efectos de la imputación y llevarse a cabo si fuera el caso que no se hubiera efectuado con ocasión anterior.

3. Potenciación del derecho de defensa del responsable civil

Es lugar común y cuestión pacífica en el Derecho Procesal que el tratamiento jurídico de las cuestiones de índole civil que se ventilan en el proceso penal y sin perjuicio de lo establecido por el Código, también Penal, debe llevarse a cabo con arreglo a principios civiles, tanto sustantivos como procesales.

Sin embargo, y a pesar del mantenimiento de los indicados principios civiles, dado que la responsabilidad civil que se decide en el proceso penal resulta ser *ex delicto*, lo que supone que el hecho criminal es un acto u omisión ilícito del que nacen obligaciones civiles –artículo 1089 del Código Civil–, resulta también lógico el interés de quien –persona física o jurídica– pueda ser civilmente responsable en la deriva que adopte el enjuiciamiento del hecho criminal y en contribuir a orientar esa deriva de la forma que considere más conveniente, pues en definitiva, es el hecho criminal el que determina la responsabilidad civil.

Como consecuencia de lo anterior debe potenciarse al máximo el derecho de defensa del posible responsable civil, sin que ello sea merma del propio que corresponde a quien aparezca como presunto responsable penal. Ningún motivo se adivina para que así no sea y ya en la doctrina –García Zarandieta²–, haciéndose eco de práctica judicial precedente, se ha abogado por tal potenciación del derecho de defensa del responsable civil, en atención a que concurren las mismas circunstancias y razones que amparan el derecho de defensa del responsable penal.

Tomando en cuenta lo expuesto, sería deseable que en el ordenamiento procesal se recogiera la obligación de inmediata comunicación, al posible responsable civil, de la admisión de la denuncia o querella y cualquier actuación procesal de las que resulte la aparición de dato

² GARCÍA ZARANDIETA, Serafín. «El ejercicio del derecho de defensa sobre el juicio de faltas». *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, 1.157, pp. 3-8.

indicativo de su presunta responsabilidad civil, extendiendo también a su favor el resto de las previsiones sobre derecho de defensa del artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Así, de la manera expuesta, se pondría fin a la situación actual de precaria regulación del derecho de defensa del responsable civil, cuando menos en la fase de instrucción, y que queda perfectamente resumida en la STS de 3 de marzo de 2011, en cuanto que, abordando el problema de la falta de notificación al responsable civil durante la instrucción, refiere que:

[...] no se ha producido ninguna irregularidad ni vulneración de las disposiciones legales que regulan el Procedimiento Abreviado, en el que, a diferencia del procedimiento ordinario, no existe trámite preceptivo de notificación o llamamiento al responsable civil en fase de instrucción, y en aquél únicamente «a instancia del actor civil» para exigirle fianza. Es en el Auto de apertura del Juicio Oral cuando, a instancia de las acusaciones que en sus escritos «expresaran las personas civilmente responsables» (art. 781.1 LECrim.) aparece a la presencia de éstos y la necesidad de notificarles de ello.

4. Evitación de los juicios rápidos en caso de inimputabilidad

Las actuaciones previstas en el Libro IV –Título III– de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, bajo la rúbrica *Del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos*, y conocidas, comúnmente, como *juicio rápido*, resultan especialmente inconvenientes para enjuiciar los comportamientos presuntamente criminales de personas con posible padecimiento de algún tipo de discapacidad que, a su vez, sea causa de inimputabilidad.

Sabido es que, con arreglo al artículo 1 de la Convención de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, *sobre Derechos de las personas con discapacidad*, en vigor en España desde el día 3 de mayo de 2008, la discapacidad implica algún tipo de deficiencia a largo plazo, bien sea física, mental, intelectual o sensorial que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir a la persona su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Así, en cuanto que alguna de esas deficiencias revistiera una apariencia de anomalía o alteración, de tipo psíquico, o bien de alteración en la percepción, pudiera ser entonces que concurriera, en más o menos medida, una causa de inimputabilidad a efectos penales.

Si lo anterior sucede, el llamado *juicio rápido*, por la intensa aceleración de los trámites procesales que supone, que obligan a una marcada agilidad de percepción y decisión por parte de quien sufre el ataque de la acción penal para que la eficacia de la defensa que oponga no resulte

devaluada, puede constituir un obstáculo –*barrera* en la terminología de la citada Convención de Nueva York– para la mejor defensa de una persona afectada por posible causa de inimputabilidad, dada la merma de facultades que para esa persona discapaz puede entrañar su deficiencia.

Por ello hay que concluir, en consecuencia, que la evitación del *juicio rápido*, o de un procedimiento similar al mismo que en el futuro pudiera instituirse, debería estar legalmente prevista en términos tales que, de sospechar la Policía la existencia de posible causa de inimputabilidad no diera lugar a promoverlo y si, no obstante, tal procedimiento se hubiera incoado, la autoridad judicial, ante la sola sospecha razonable de concurrir causa de inimputabilidad, de oficio o a instancia de parte, viniera obligada a encauzar el asunto a través de una modalidad procesal de enjuiciamiento ordinario, por las mayores garantías que esta otra modalidad pudiera representar en orden a asegurar el más efectivo derecho de defensa de una persona discapaz y cuya causa de discapacidad pudiera serlo de inimputabilidad.

Esta evitación –legalmente sancionada– que se propugna de los *juicios rápidos* en caso de posible inimputabilidad, y que ya ha sido también argumentada por profesionales relacionados con la salud mental³, sería conforme, a los efectos de la mejor protección del derecho de defensa de la persona discapaz, con los «ajustes razonables» que, previstos en el artículo 2 de la citada Convención de Nueva York, reclaman una modificación o adaptación necesaria, en un caso particular, para garantizar a la persona discapaz la igualdad con las demás en el ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales, siempre que ello no suponga una carga desproporcionada o indebida; siendo el caso que el mismo texto legal, dando un paso más y en su artículo 13, llega a establecer la obligación del Estado de asegurar a la persona discapaz, «incluso mediante ajustes de procedimiento», el acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás.

Sirvan pues las anteriores y modestas líneas para evocar la memoria del preclaro jurista que fue Juan Agustín Moro Benito, esperando que hayan servido de respuesta a algunas de las inquietudes que, para su honra, presidieron de continuo su brillante quehacer profesional.

³ GRUPO DE «ÉTICA Y LEGISLACIÓN» DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NEUROPSIQUIATRÍA. *Comentario sobre la propuesta de anteproyecto de modificación del Código Penal en relación a las medidas de seguridad*. Marzo 2013.

LA ADSCRIPCIÓN TERRITORIAL DE LA JUSTICIA: LOS PARTIDOS JUDICIALES ABULENSES

Emiliano González Díez

Miembro de Número de la Institución Gran Duque de Alba

Con el propósito de ajustar estas líneas al formato de un libro homenaje, deseo apuntar el sentido histórico de una cuestión que en estos días ha cobrado una especial significación pública trascendiendo a las primeras páginas de los medios de comunicación con ocasión de la reforma que el Ministerio de Justicia viene preparando sobre la Ley de Demarcación y Planta Judicial que supone un intento de transformar el primer escalón del sistema jurisdiccional territorial de los tribunales de instancia, tan arraigado en la historia constitucional española, por un modelo de Justicia superador de la circunscripción cuasi comarcal para integrarlo en un nuevo concepto de administración judicial colegiado desde la primera instancia provincial.

El Consejo de Ministros ha recibido un informe del Ministro de Justicia sobre el Anteproyecto de Ley por el que se modifica la demarcación y planta judicial en un total de ocho provincias, en las que se constituyen veinte nuevos juzgados para dar salida entre otras causas a la acumulación de asuntos que se registran en la actualidad que pudiera «comprometer seriamente los logros habidos hasta el momento, la efectividad de las últimas reformas legislativas y la consecución de una estructura judicial óptima». Lo que se pretende con la reforma es variar la estructura de algunos partidos judiciales, a la vez que se introducen modificaciones en algunas circunscripciones de lo Penal, lo Social y lo Mercantil. Además, se afrontan cambios en juzgados

exclusivos para violencia sobre la mujer con el fin de adecuarlos mejor a la nueva realidad¹.

En este esquema provisional de reforma, a la provincia de Ávila, que en la actualidad cuenta con cuatro partidos judiciales (Ávila, Arévalo, Arenas de San Pedro y Piedrahíta), se añadiría un quinto partido dotado con un juzgado de Primera Instancia e Instrucción al que se adscribirían los municipios que conforman la comarca natural de Alberche-Pinares, que sin obstáculos orográficos permitiría unas mejores comunicaciones con la capitalidad del futuro partido judicial que será fijada por Ley por la Comunidad Autónoma de Castilla y León².

Como observamos, la pretensión gubernamental de la reforma es un cambio del modelo de administración judicial basado en la homogeneización social, cultural, histórica y administrativa justificada en gran medida por la *revolución* en los medios tecnológicos de comunicación e información para la prestación de los servicios de Justicia. Busca estructurar los tradicionales juzgados unipersonales en tribunales de primer grado del orden jurisdiccional en el ámbito provincial, salvo Madrid y Barcelona, que dejarían de ajustarse a la demarcación del actual partido judicial. Tal pretensión adjetivada fácilmente de *centralismo provincial* por la intención de reorganizar los servicios jurídicos en la capital de provincia deviene de la aparición de nuevos factores evaluadores en orden a garantizar a todos los ciudadanos el acceso a los distintos órganos judiciales sin que por ello se resienta el derecho de tutela judicial efectiva que asiste a cualquier ciudadano independientemente de su domicilio o lugar de residencia.

¹ El Gobierno de la Nación contempla la creación del partido judicial número 22 en Madrid, dotado con dos juzgados de Primera Instancia e Instrucción, que englobaría a los municipios de Boadilla del Monte, Brunete, Quijorna y Villanueva de la Cañada, integrados en la actualidad en el partido judicial de Móstoles. En Valencia se crea el partido judicial número 19, al que se destinan dos juzgados de Primera Instancia e Instrucción. Lo configurará una serie de municipios valencianos, como Buñol, Chestre o Chiva, entre otros, que forman la comarca de la Hoya de Buñol. En el mismo ámbito de la Comunidad Valenciana se modifica la circunscripción de los partidos judiciales de Castellón, Nules y Villarreal. En Extremadura los partidos judiciales de Cáceres y Coria sufrirán una modificación para paliar los largos desplazamientos y facilitar las comunicaciones con la sede del partido. En la provincia de Las Palmas, el nuevo partido judicial número 9, con un juzgado de Primera Instancia e Instrucción, acogerá a los municipios de Tuineje y Pájara.

² La capitalidad de los nuevos partidos deberá ser fijada por ley de su correspondiente Comunidad Autónoma.

«Los Tribunales de Instancia tienen su sede oficial en la capital de la provincia», art. 9.

En esta línea la propuesta de una administración judicial proporcionada ha valorado un registro de hechos determinantes que pondera una serie de ítems: el volumen de litigiosidad o número de asuntos registrados en la circunscripción con el significado de la carga de trabajo que representa, las características propias de industria y flujos de población producidas en los últimos decenios en el área territorial, la red de infraestructuras provinciales que interrelaciona los diversos municipios, la revolución en las comunicaciones y la configuración de las comarcas naturales, todas ellas muy lejos de lo que acontecía en el siglo XIX, donde el mapa municipal ha mostrado una regresión en su número y un cambio cualitativo muy importante en las condiciones de los ciudadanos que resulta imposible ignorarlo en el capítulo de la prestación de los servicios administrativos. Por otro lado, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 prevé que la demarcación y planta judicial deberá revisarse periódicamente y en atención a esta previsión el legislador quiere abordar esta restructuración de la cartografía judicial tanto en la dimensión territorial como en la vertiente jurisdiccional.

Todo ello supondría no tanto la desaparición de la estructura territorial de los partidos judiciales, sino un reajuste de la demarcación judicial vinculada al territorio, que por otra parte como observaremos fue una práctica histórica desde la inicial implantación por mandato constitucional de 1812³.

Para ello nos debemos remontar al propio discurso preliminar leído ante las Cortes de Cádiz con ocasión de presentar el proyecto de Constitución donde se vinculaba la urgente modernización de la Administración de Justicia con la reforma territorial:

¿Cómo pueden esperarla los pueblos que entre el cúmulo de dificultades que opone nuestro defectuoso método de enjuiciar, se encuentran no pocas veces con el insuperable obstáculo de haber de acudir a Tribunales que distan tal vez sesenta leguas?⁴.

³ Nuestros «constituyentes» gaditanos fueron más allá de la tarea fundamental de elaborar una Constitución, tuvieron delante de sí el esquema institucional racional y uniforme del modelo francés que trasponen no de modo automático, pues entenderán que el pasado histórico no se puede borrar de un plumazo.

⁴ «Discurso Preliminar». En: *Colección de Leyes Fundamentales*. SÁINZ DE VARANDA, R. (ed.). Zaragoza: Acrivia, 1957, p. 57.

La demarcación territorial intermedia de la justicia puede resultar a primera vista una unidad judicial un tanto artificial pero si reparamos con sosiego y penetración seguro que contemplamos parámetros de uniformidad racional, geográfica, de redes de sociabilidad y sobre todo se asoma la experiencia histórica común más allá de la oportunidad política. El partido judicial desde principio se subordina como feudatario de la circunscripción provincial a cuya urdimbre unirá su destino hasta que con el paso del tiempo llegue a configurar una seña de identificación territorial de tan arraigo popular que es interiorizado en la conciencia colectiva hasta el punto de provocar serias contestaciones y rechazos con ocasión de ulteriores modificaciones tenidas en los años de 1893, 1926, 1935 y con las reformas llevadas a cabo en 1965 y 1988.

Como vemos, no fue una cuestión pacíficamente aceptada fuera de toda innovación cartesiana incomprensida por lo que subyace «de amor propio» desde el andamiaje constitucional. La cuestión sería objeto de un amplio e intenso debate parlamentario llevado a cabo en la sesión del 4 de diciembre de 1811 en lo que afectó a los futuros artículos 272 y 273, especialmente este último que se aprobó en los términos que había sido presentado por la Comisión, cuyo tenor sencillo establecía el compromiso constitucional de la creación de los partidos como sedes territoriales de justicia.

Pero las prisas con una nación en guerra y un Estado bajo sospecha de ser arrumbado por las reacciones inmovilistas de los sectores absolutistas, indujeron a una planificación apresurada sin perjuicio de que posteriormente se pudieran corregir los errores. El objetivo político de las Cortes no fue otro que desmontar rápidamente la estructura institucional del Antiguo Régimen y sustituir el andamiaje por una organización política nacional, equilibrada y homogénea.

Los diputados reunidos en Cádiz no sólo se plantearon «una división más conveniente del territorio español» en demarcaciones provinciales⁵ sino que incluían entre sus mandatos constitucionales proveer unos distritos judiciales proporcionados al número de habitantes y semejantes en extensión como una medida más en orden a homogeneizar

⁵ Decreto de 23 de mayo de 1812 por el que las Cortes, con carácter interino y provisional, dividen el territorio nacional según previsión constitucional del art. 11 en 31 provincias figurando Ávila en el elenco. Se deriva a una futura ley la demarcación administrativa provincial. Vid. MARTÍN-RETORTILLO, S. *La provincia. Pasado, presente y futuro*. Madrid: Aranzadi, 1991, pp. 44-52.

la Administración de Justicia, ahora urgente después del decreto abolicionista del régimen señorial, y para garantizar la Administración de Justicia en pie de igualdad a todos los ciudadanos, independientemente del lugar en que residan.

«Se establecerán partidos proporcionalmente iguales, y en cada cabeza de partido habrá un Juez de letras, con un Juzgado correspondiente», art. 273.

Este paso debía resultar decisivo en orden a la racionalidad y unidad jurisdiccional para todo el territorio de la Monarquía, profesionalizando la gestión judicial con unos jueces letrados de formación específicamente jurídica al frente de un juzgado y así eliminar los resquicios tradicionales que aún quedaban de los corregidores de capa y espada o de la justicia municipal iletrada.

El sentido de las antiguas figuras territoriales de los partidos, hasta ahora funcionalmente unidades fiscales y en raras ocasiones jurisdiccionales, cambiaría por tanto en el nuevo Estado constitucional puesto que se configuran con una acusada personalidad jurisdiccional como hemos señalado: Pero, aún más, el diseño de esta organización judicial debía considerar tanto factores demográficos indicadores no solo del censo total sino de la densidad y distribución poblacional por municipios (la referencia oficial se tomaría del censo de de 1797, de escasa fiabilidad, que ofrecía para la provincia de Ávila la cifra de 118.061 almas) como los nexos de comunicación y transporte entre los municipios.

Lo que no sospechaban estos voluntariosos diputados gaditanos era la importancia que este distrito judicial iba a tomar al exceder y desbordar las previsiones iniciales, pues el partido judicial va a constituir la unidad espacial básica de la Administración del Estado. Las cabeceras de partido van a tejer en la urdimbre política no solo la malla urbana oficial donde asentar los servicios públicos periféricos, fundamentales administrativos, (hacendísticos con oficinas de gestión, jurídicos con sede notarial y registral, educativos, sanitarios, seguridad y orden público, y por supuesto judiciales) sino que tendrán un gran valor y significación política, además de ser nudos de referencia a la hora de la organización de infraestructuras y de la articulación social del territorio⁶.

⁶ MORELL OCAÑA, L. «Raíces históricas de la concepción constitucional de la provincia». *Revista de Derecho Administrativo*, 42 (1984), pp. 349-365 y QUIRÓS LINARES, F. *Las ciudades españolas a mediados del siglo XIX*. Gijón: Trea, 1991, p. 41.

Este último aspecto del rango político que se atribuye a este distrito fue conferido por la propia Constitución gaditana al señalarle como circunscripción electoral intermedia entre las juntas de parroquia y las juntas de provincias, Capítulo IV, «De las Juntas electorales de partido» arts. 59-77⁷.

Dicho esto, el decreto CCI de 9 de octubre de 1812, en plena contienda militar, relativo al Reglamento de las Audiencias y Juzgados de primera clase puede considerarse el primer paso para la institucionalización de la base territorial provincial, aunque fuera con carácter provisional pues ni modifica ni vulnera los límites jurisdiccionales preexistentes. Ávila como el resto de las provincias de los reinos de Castilla y León seguía vinculada jerárquicamente a la histórica Chancillería y Audiencia de Valladolid⁸.

Pero lo más interesantes a nuestros fines lo encontramos en el Capítulo II del decreto, en concordancia con el artículo 273 de la Constitución, bajo el epígrafe «De los jueces letrados de Partido», que determinaba los aspectos procedimentales relativos a la demarcación del partido judicial y la toma de decisiones fundamentadas en la experiencia y en la situación real del país que se desarrolla en tres niveles: el local, estatal y parlamentario⁹.

La encomienda inicial en nuestro caso la recibe la Diputación Provincial en calidad de agente periférico del Estado quien, previo acuerdo con la Audiencia, en este caso de Valladolid, debía realizar la distribución provisional de los partidos dotándoles de un juez letrado de Primera Instancia¹⁰.

Se indica que la estructuración provincial en partidos con carácter interino y provisional debía estar presidida por las notas de homogeneidad,

⁷ La Constitución preveía la reunión de electores parroquiales en la cabeza del partido el primer domingo del mes de noviembre anterior al año de celebración de elecciones generales para elegir al elector o electores que debían concurrir a la capital de provincia para designar a los diputados de Cortes. Vid. GONZÁLEZ CASANOVA, J. A. *Las Diputaciones provinciales en España. Historia de las Diputaciones, 1812-1985*. Madrid: Mancomunidad General de Diputaciones de Régimen Común, 1986.

⁸ La discusión en Cortes se inició el 19 de junio de 1812 y concluyó el 2 de octubre. *Actas de las sesiones secretas de las Cortes Generales y Extraordinarias de la nación española...* Madrid: Imprenta de J. Antonio García, 1874, V, pp. 3241-3801.

⁹ Arts. 1, 6, 7 completados por Orden de las Cortes de 2 de mayo de 1813. Vid. MENDIZÁBAL ALLENDE, R. de. «Origen y significado del “partido” judicial». *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 700 (1966), p. 10.

¹⁰ ORDUÑA REBOLLO, E. *Municipios y Provincias. Historia de la organización territorial española*. Madrid: INAP, 2003, p. 373.

proporcionalidad territorial tendente a la igualdad, y que la población de cada uno no fuera inferior a cinco mil habitantes (por lo general la media se cifraba entre 20 y 25.000 habitantes). Además prioriza los conceptos de intermediación y comodidad de los pueblos en aras de la eficacia del servicio de la Administración de Justicia a los vecinos. Se debería optar, en orden a la capitalidad del partido, por el criterio de idoneidad por razón de ubicación geográfica, «vecindario, proporciones y demás circunstancias sea más a propósito para ello» para superar las rivalidades locales existentes entre unos municipios y otros¹¹.

Se admite criterios de flexibilidad en los supuestos de que un partido ya formado no pudiera agregarse a otro por razón de la distancia o la extensión del territorio, en cuyo caso se faculta a la diputación provincial para proponer un nuevo partido o confirmar su existencia «para que tenga su juez de Primera Instancia, aunque no llegue al número de vecinos que queda señalado». La diputación provincial reforzaba su posición política en todo el proceso de constitución y organización territorial de los partidos judiciales.

El siguiente trámite previsto era que, concluidas las tareas de articulación de la diputación provincial, se remitieran a la Regencia del Reino para que con su informe favorable fueran elevadas a las Cortes para la aprobación definitiva. Una vez obtenido el respaldo legal, el expediente era devuelto al Gobierno para el nombramiento de los jueces en los correspondientes partidos judiciales¹².

Los partidos judiciales, a la espera de la nueva división constitucional del territorio, se crearían sobre las antiguas provincias intendencias. Así lo entendieron las Cortes Generales y Extraordinarias que insistieron varias veces ante la Regencia llegando a señalar plazo perentorio de uno a dos meses para la remisión de la propuesta de división mediante Orden de 2 de mayo de 1813:

Que en la Península e islas adyacentes las Diputaciones provinciales o las Juntas donde no estuviesen establecidas las Diputaciones, y en defecto de una y otra el Gefe

¹¹ Igualmente preveía la conveniencia del número de juzgados dentro de un partido en función del vecindario, pudiendo agregarse aquellos pueblos pequeños «a los que por su inmediación les sea más cómodo acudir allí para el seguimiento de sus pleytos». Art. V de la *Colección de los Decretos y Órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde 24 de mayo 1812 hasta 24 de febrero 1813*. 4 v. Madrid: En la Imprenta Nacional, 1813, tomo III, pp. 120-121.

¹² ORDUÑA REBOLLO, E. *Municipios y Provincias...*, p. 373.

político superior, el Intendente y dos individuos del Ayuntamiento constitucional de la capital de cada provincia o del pueblo en que residiere el gobierno de esta, nombrados por el mismo Ayuntamiento, procedan a hacer, de acuerdo con la Audiencia del territorio, la distribución provisional de partidos [...]»¹³.

Teniendo en cuenta los plazos establecidos en esta primera fase institucional y de acuerdo al Decreto CLXIV de *Establecimiento de las Diputaciones Provinciales de la Península y Ultramar* de 23 de mayo de 1812¹⁴, sabemos que oficialmente la Diputación de Ávila se constituye el 31 de agosto de 1813, sin decidir inicialmente una sede institucional pues en el acta respectiva que refrenda el acto jurídico figura el domicilio del jefe político que la preside, Bernardo de Borjas y Tarrius. Toman posesión y juramento los 6 diputados provinciales¹⁵. Nueve días después, el 9 de septiembre de 1813, se renuevan dos miembros del plenario de la Diputación, quizá por su condición interina o provisional, comenzando a ejercer sus atribuciones en lo que podemos caracterizar como el engrase ordinario de su actividad competencial¹⁶.

Pero ya asoma en la discusión del plenario un tema político que preocupa a la Diputación desde el primer momento que es la ordenación territorial de los partidos que se va a repetir en las sesiones ulteriores: «la

¹³ *Colección de los Decretos y Órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias...*, tomo IV, pp.67-68.

¹⁴ *Colección de los Decretos y Ordenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde 24 de septiembre de 1811 hasta 24 de mayo de 1812...*, p. 214.

¹⁵ *Archivo de la Diputación Provincial de Ávila*, Acta 1, signatura 405/2r. En dicha sesión constitutiva figuran como diputados provinciales: Manuel de Irazábal, intendente general; Miguel Benito Cantero, canónigo de la catedral, provisor y vicario del obispado; Juan Sánchez Bermejo, vecino de Sotillo de las Palomas; Antonio Herrero, cura de Villarejo; José Agapito García, cura de Mesegar, y Lorenzo Rodríguez, vecino de Villamayor. En la misma sesión se acuerda nombrar a Marcelino García, vecino de Villanueva de Gómez, secretario de la Diputación con la asignación anual de 9.000 reales.

¹⁶ Han decaído en su derecho Juan Sánchez Bermejo, vecino de Sotillo de las Palomas, y el cura de Villarejo Antonio Herrero que han sido sustituidos por José Bautista Brochero, labrador de Ávila, y el abogado de Candeleda Santiago Pérez de la Puente. En esta sesión, aparte de estudiar tres órdenes de la Regencia sobre el establecimiento de ferias y mercados en la provincia, la colaboración de los guardas de los ejércitos y la suscripción al *Diario de Discusiones y Actas de las Cortes*, vemos ya referir la adopción de acuerdos sobre el establecimiento de un cementerio en Las Navas de Pinares; asimismo sobre el plan del alcalde constitucional de San Bartolomé de Pinares Juan Lorenzo Fernández para exterminar alimañas que afectaría a Ávila y a Goterrendura y otros acuerdos de los ayuntamientos de Arévalo, Ávila, El Barraco y El Tiemblo para dotar las secretarías municipales. *Archivo de la Diputación Provincial de Ávila*, Acta 2, signatura 405/3v.

necesidad de demarcación provisional de los partidos» con la reclamación a los pueblos de «puerto abajo», agregados desde 1801 a la provincia de Toledo para que contribuyan a la caja común provincial de Ávila¹⁷.

A partir de septiembre de 1813 las Cortes comienzan a aprobar las propuestas elaboradas por las diputaciones. Y entre esa fecha y el 6 de mayo 1814 la provincia de Ávila quedó fuera de la división en partidos judiciales pues solo se aprobaron las correspondientes a las provincias de Extremadura, Soria, Jaén, Mallorca, Asturias y Córdoba; a estas seis hay que añadir otras tres, Valencia, Cuenca y La Mancha ya en un avanzado trámite de aprobación. Quedaban pendientes de dictamen otras siete¹⁸.

Mas las secuelas de una guerra con la ocupación parcial del país por el francés, añadidas a las circunstancias ordinarias surgidas de la tardanza del envío del expediente por las diputaciones y la débil disposición del secretario de Gracia y Justicia Vicente Cano Manuel de no crear partidos ni nombrar jueces retardaron el proceso de tal manera que el tiempo ahogó la oportunidad y el 4 de mayo de 1814 se interrumpía el desarrollo de propuestas y frustraba la experiencia histórica al ser suspendida toda la obra constitucional.

Bajo planteamientos de urgencia, sin el sosiego debido, y en atención al coeficiente original de la distribución provincial de acuerdo con las peculiaridades histórica y geográfica, se puso en marcha en una segunda fase esta unidad territorial de justicia que luego se generalizó sobre presupuestos sociales y administrativos preexistentes. El partido judicial se convertirá en el espacio jurisdiccional básico del juez letrado, técnico del Derecho, donde se instala la sede natural de la primera instancia aunque se utilice también para fines administrativos en referencia a los servicios de salud, notariales, registrales y electorales, etc.

Habrá que esperar seis años, para activar la tarea y aprobar entre los años de 1820-1821 un total de 415 partidos judiciales correspondientes a

¹⁷ *Archivo de la Diputación Provincial de Ávila*, Acta 5, signatura 405/ 8v. En la sesión de 15 de septiembre de 1813 se acuerda trasladar la capital del partido de Pedro Bernardo a Navamorcuende por su mejor situación geográfica. Sesión de 27 de septiembre de 1813, se presenta al plenario el informe de la Comisión sobre la capitalidad de Cebreros como cabeza del partido. Se acuerda notificarlo a los ayuntamientos de Burgohondo, Las Navas del Marqués, El Barraco y Hoyo de Pinares para el preceptivo informe. *Archivo de la Diputación Provincial de Ávila*, Acta 11, signatura 405/ 15v.

¹⁸ *Diario de las Sesiones de Cortes*, Legislatura de 1820, Madrid 1871, p. 76.

veintisiete provincias, entre ellas la abulense y otras castellanas donde se sabe que buena parte de ellas no alcanzaban el umbral mínimo demográfico exigido por ley.

En efecto, lo primero que hizo el secretario del Despacho de Gobernación a los cuatro días de la inauguración solemne de las Cortes, el 13 de julio de 1820, fue informar del estado en que se hallaba la división judicial en partidos y de aquellos proyectos pendientes de estudio y tramitación del periodo gaditano. Es por ello que tenemos información de que en la Secretaría de Gracia y Justicia se encontraba en esos momentos el expediente informativo de la división en partidos judiciales de la provincia de Ávila junto con las de Palencia, Toledo, Valladolid, Salamanca, Cataluña, Murcia, Canarias y Zamora para su revisión por Felipe Bauza y el ingeniero Larramendi¹⁹.

El proyecto judicial abulense fue aprobado en la segunda legislatura por orden de las Cortes de fecha 6 de junio de 1821, previa aprobación del dictamen propuesto por la Comisión de Legislación que no alteraba la propuesta de la Diputación Provincial de Ávila²⁰.

La Diputación abulense había planteado en su expediente elevado a las Cortes en 1820 la formación de seis partidos judiciales partiendo de la estructura geográfica de la provincia dieciochesca a la espera de la futura ley de división provincial de 1822 cuyas capitales ratifican las Cortes, a saber: Ávila, Arévalo, Peñaranda, Mombeltrán, Oropesa y Villafranca; incluso advierte que Vadillo y San Bartolomé de Corneja, mientras sus términos municipales estén enclavados en la provincia de Ávila, y no en la de Salamanca, como advirtió en su informe la Diputación de Ávila, mantendrán su naturaleza administrativa abulense y formarán parte del partido de Villafranca.

¹⁹ Se conoce a través del *Diario de las Sesiones de Cortes* de 8 de marzo de 1821 y en aplicación del decreto de 6 de noviembre de 1820 que establecía un reparto de la contribución general y de los equivalentes a los derechos de puertas suprimidos, la provincia-intendencia de Ávila quedaba dividida en ocho partidos: Ávila, Arévalo, Madrigal, Peñaranda, Villafranca, Mombeltrán, Navamorcuende y Oropesa. Seguían adscritos al partido de Toledo Navahondilla y Escarabajosa y al de Talavera: Arenal, Hontanares, Arenas, El Hornillo, Guisando, La Parra, Higuera de las Dueñas, Poyales del Hoyo y Ramacastañas.

²⁰ *Colección de los Decretos y Ordenes Generales expedidas por las Cortes Ordinarias de los años 1820 y 1821 en el segundo periodo de su Diputación que comprende desde 25 de febrero hasta 30 de junio del último año*. 10 v. Madrid. En la Imprenta Nacional, 1820-1823, tomo VII, p.130.

El efecto inmediato de la estructuración provincial en partidos judiciales fue que las cabeceras de los partidos judiciales antecitados elevaban el realce administrativo del municipio, y en cuanto a su delimitación territorial lógicamente hubo desigualdades motivadas bien por la dificultad geográfica bien, y fue este el gran escollo, por la baja densidad demográfica de muchos pueblos cuyo umbral poblacional no alcanzaba el mínimo legal de 5.000 vecinos lo que obligaba a «extender los partidos mucho más allá del área de influencia de las capitales escogidas»²¹.

Además debemos añadir que la provisionalidad de estos partidos judiciales vendría determinada porque como hemos dicho se montaba sobre el mapa de las 34 provincias del Antiguo Régimen sin contar con lo que sucedería pocos meses con la aprobación el 27 de enero de 1822 de 52 provincias con unos nuevos y distintos límites provinciales que contradecían y reajustaban los anteriores, de ahí la previsión del legislador en el art. 10 del Decreto que advertía, después de ordenar mantener el orden de los juzgados de Primera Instancia existentes

aun cuando parte de los pueblos que forman los partidos judiciales queden agregados a otra provincia, hasta que establecida la división provincial, pueda arreglarse a ella la judicial de los partidos²².

La tarea del reajuste interno de los partidos judiciales quedaba encomendada a las diputaciones provinciales, pero el regreso al absolutismo impediría terminar esta tarea al derogar el régimen fernandino las divisiones administrativas introducidas por los constitucionalistas y con ellas los partidos judiciales quedaban abrogados.

El Real Decreto de 30 de noviembre de 1833 que disponía la división territorial de España en 49 provincias ordenaba en su art. 4.º arreglar «á ella las demarcaciones militares, judiciales y de Hacienda». En esta ocasión el procedimiento se aceleró en aras de la economía política porque no hubo que atender a informes previos de Diputación y Audiencia, sino que el Gobierno con la celeridad y determinación mostrada en la estructuración provincial decretó el 21 de abril de 1834 la subdivisión en 452 partidos judiciales del territorio de las 45 provincias del régimen común, excluidas las forales, con algunas novedades significativas como la rebaja

²¹ BURGUEÑO, J. *Geografía política de la España constitucional. La división provincial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 198.

²² *Diario de las Sesiones de Cortes, Legislatura Extraordinaria 1821-1822*, Madrid: [s.n.], 1871, p. 1780.

del mínimo poblacional para la creación de un juzgado de Primera Instancia a 4.000 vecinos, lo que supuso aumentar el número de estos y diversificar el tamaño por extensión de las demarcaciones judiciales. Podemos estimar esta decisión gubernativa como el paso definitivo para la implantación de una moderna administración civil en España²³.

La misma voluntad política que propició concluir de una vez por todas la división del territorio nacional, inspiró el estilo que imprimió el ministro de Gracia y Justicia Nicolás María Garelly para entender que con todos los antecedentes obrantes en el ministerio de propuestas, estudios e informes de los años de 1813-14 y 1820-23 eran suficientes los instrumentos técnicos para proceder de manera inmediata, sin pasar por las Cortes, a dar legalidad a los partidos judiciales sin más retraso ni tardanza conforme a los reajustes administrativos provinciales.

La división en partidos judiciales, que como la anterior del Trienio se declaraba provisional, obedecía a la urgencia de utilizar el soporte territorial del partido como distrito electoral para la inmediata elección a las Cortes generales del reino previstas en el Estatuto Real que habían sido convocadas diez días antes el 11 de abril. Forzado por las circunstancias políticas, el art. 2.º del decreto manifestaba este propósito de interinidad al señalar que «esta división se entiende aprobada sin perjuicio de las alteraciones que la experiencia acredite ser necesarias para su mayor perfección»²⁴.

²³ La población venía a oscilar de los 4.000 mínimos de la isla herreña a los 120.000 de Sevilla y Barcelona. BURGUEÑO, J. *Geografía política de la España constitucional. La división provincial...*, pp. 199-200.

²⁴ La evolución poblacional resultó determinante junto a la lentitud de los medios de comunicación que hacían aconsejable ajustar el mapa judicial. Presentamos un cuadro significativo de la extensión y población abulense en el periodo 1789-1834.

Extensión y población abulenses en el periodo 1789-1834

AÑO	SUPERFICIE (KM ²)	POBLACIÓN	PARTIDOS JUDICIALES
1789	8.131	118.061	—
1805	6.547	—	—
1820	8.131	—	—
Plan Bauza-Larramendi (1821)	8.900	126.120 (28.123 vecinos)	6 4.687 vecinos/partido (Orden 6-VI-1821)
Proyecto Comisión de Cortes (1822)		113.135	
Decreto de División Provincial de Cortes (1822)	7.860	113.135 14,8 hab./Km ²	
Plan Larramendi (1829)		119.620	
Decreto de Javier de Burgos (1833)		137.903	
Decreto partidos judiciales (1834)	8.048	(33.612 vecinos) 17,1 hab./Km ²	6 5.602 vecinos/partido

Si ponemos el punto de mira en los partidos judiciales abulenses, estos sobre la base provincial responden a las novedades acaecidas con la reestructuración territorial de la nueva circunscripción administrativa. Vemos que, aun conservando el número de media docena de partidos judiciales, sin embargo prescinde de aquellos lugares que fueron adscritos a las provincias de Segovia, Salamanca y Toledo. Igualmente se modifica tanto la configuración territorial de los partidos judiciales –número de pueblos y vecinos– como su nomenclatura y la capitalidad de algunos de ellos.

Van a desaparecer por razones administrativas las cabeceras de Peñaranda de Bracamonte y Oropesa; otras cambian a propuesta de la *Comisión mixta de división territorial* presidida por Larramendi y algunas por mor del Gobierno que evaluó una serie de criterios: importancia económica, centralidad territorial, red de comunicaciones y peso poblacional de unos municipios sobre otros como fue el caso de Mombeltrán y Villafranca.

Así quedaron en 1834 los seis partidos judiciales abulenses que el propio decreto resume²⁵:

²⁵ Datos oficiales tomados de la subdivisión en partidos judiciales del Real Decreto de 24 de abril de 1834.

PARTIDOS JUDICIALES	NÚMERO DE PUEBLOS	TOTAL DE VECINOS	TOTAL DE ALMAS
Arenas de San Pedro	22	6.598	28.025
Arévalo	71	5.736	22.179
Ávila	107	6.438	26.477
El Barco de Ávila	75	4.051	16.993
Cebreros	32	4.416	18.533
Piedrahíta	82	6.373	25.696
Resultados totales	389	33.612	137.903

La red de los partidos judiciales sufre correcciones mayoritariamente en la fase moderada de 1834 a 1842 y afectaron a cambios en la capitalidad. Desde esta fecha hasta 1965 los retoques fueron escasos, por lo que a resulta del proceso podemos considerar que las subdivisiones internas de las provincias eran estables y firmes. Si bien es cierto que en la etapa en que Fermín Caballero preside la comisión encargada de reformar la división judicial, estamos hablando de la Regencia del general Serrano, octubre de 1870, se intentó restringir drásticamente el número de partidos judiciales aunque no prosperó esa política de recortes²⁶. La cabecera de partido seguía imprimiendo a la localidad que lo ostenta no solo la primacía de autoridad sobre el resto de municipios sino la referencia de jerarquía urbana como capital de la comarca.

Será a partir de los años setenta del siglo XX cuando se producen supresiones y agrupaciones de cabeceras motivadas por la despoblación e inmigración rural y por la concentración de población en los núcleos urbanos que dejaban sin sentido la existencia de algunos partidos judiciales. No solo la industria modificó la categoría de los núcleos urbanos sino también el desarrollo de nuevas funciones²⁷.

Así debemos poner nuestra atención en el decreto 3388/1965 de 11 de noviembre completado por el Orden Ministerial de 15 de febrero de 1966

²⁶ Burgueño establece en un cuadro la cronología de las modificaciones de partidos judiciales por tramos que suponen en conjunto de 1834 a 1930 un total de 76 modificaciones, a saber: 31 cambios de capitalidad, 28 nuevos partidos y 17 supresiones que representaban el 16% del total. BURGUEÑO, J. *Geografía política de la España constitucional. La división provincial...*, p. 202.

²⁷ CAPEL SÁEZ, H. «La red urbana española y la nueva demarcación judicial». *Revista de Geografía*, 2 (1) (1968), pp. 56-65.

sobre la categorización de los juzgados²⁸. El citado decreto justifica el reajuste de la demarcación judicial a las necesidades de la Administración de Justicia y a su adecuación al progreso muy alejado de esa estampa del pasado donde proliferaban los juzgados debido a «las difíciles vías de comunicación entonces existentes junto con la escasez y lentitud de medios de transporte» como medio de acercar la Justicia a los justiciables y donde se proclamaba «que cada órgano pudiera atender en sus posibles y precisos desplazamientos todos los núcleos urbanos que constituían los partidos»²⁹.

Superadas esas dificultades merced a las transformaciones operadas en las infraestructuras, los cambios en los núcleos urbanos con fluctuaciones demográficas provocadas por el desarrollo industrial, mercantil y agrícola en la provincia y dentro de ella en las comarcas, hacen aconsejable acomodar la distribución de partidos a las circunstancias y también a la disponibilidad presupuestaria. En virtud de estos antecedentes, el Ministerio de Justicia aborda la fusión de partidos «con criterio objetivo y lo más uniforme posible se agregan al de la capital de la provincia aquellos territorios que por su escasa actividad y buenas vías de comunicación», garantizando el servicio de la justicia en los pueblos afectados con un juzgado de Guardia en la cabecera del partido³⁰.

El resultado de la nueva demarcación de los juzgados de Primera Instancia e Instrucción fue la reducción a 193 partidos judiciales para todas las provincias españolas y desaparecían 200 cabeceras de partido. Los nuevos juzgados previstos sin perder su función administrativa serán en gran mayoría fruto de la agregación de dos o más partidos judiciales conservándose la capitalidad de unos de ellos por diversas razones objetivas que ceden a cualquier suspicacia local: «por su mayor población, más trabajo, mejores vías de comunicación, desarrollo económico u otras circunstancias» que buscan la mejor Administración de Justicia y a contribuir dentro de lo posible a lograr un más equitativo reparto del trabajo entre los juzgados y jueces de Primera Instancia e Instrucción.

²⁸ Disponía tres categorías judiciales: juzgados de entrada de Primera Instancia e Instrucción, de ascenso y de término.

²⁹ «Decreto 3388/1965, de 11 de noviembre, por el que se modifica la Demarcación Judicial». *BOE*, 283 (26 de noviembre de 1965), p. 16033.

³⁰ Tras la reforma de la justicia municipal, los juzgados de Primera Instancia vieron mermadas sus competencias, y a muchos de ellos prácticamente se les había vaciado de contenido esencial, acusando un trabajo muy exiguo.

Según el tenor del decreto la desaparición de las demarcaciones se preveía de forma progresiva «a medida que vaque el cargo de juez en ellos y haya que cubrirlo en los que subsistan o resulten de la nueva agrupación [...]». Así el art. 1.º disponía que

en forma sucesiva, y a medida que queden vacantes los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción que a continuación se relacionan por falta de Jueces o aspirantes que puedan servirlos, el territorio que alcanza su jurisdicción pasará a integrarse en los partidos judiciales que se expresan.

La adversidad de la abrogación de la vieja Ley de Planta de 1834 se compensaba con el establecimiento de nuevos juzgados en las capitales de provincia mientras que en las antiguas cabeceras de partido desaparecidas se mantiene el juzgado municipal y comarcal correspondiente servido por personal técnico y con competencias por delegación o sustitución en diligencias sumariales o en pruebas de procesos atribuidos al juzgado superior o «en asuntos que se susciten dentro del territorio de ellos».

Conforme a la letra de la disposición los partidos abulenses estaban adscritos a la Audiencia Territorial de Madrid y en el mismo se dispone que el partido de El Barco de Ávila se incorpore a Piedrahíta y los municipios del antiguo de Cebreros se distribuyan entre Ávila y Arenas de San Pedro. Las demarcaciones judiciales abulenses se habían contraído pues de los seis partidos judiciales de 1834 ahora se reducen a cuatro, a saber: Ávila, Arévalo, Arenas de San Pedro y Piedrahíta³¹.

El decreto preveía el cese en sus funciones judiciales de los alcaldes ordinarios, de tal manera la orden resultaba compulsiva, ya que exigía la inmediata inhibición de las causas pendientes y su expedito traslado a los jueces de partido nombrados específicamente para estos fines.

El partido judicial consolida la división provincial decimonónica. Las diferencias entre municipios, que inevitablemente surgieron a pesar de las previsiones legales, van a radicar en la reivindicación por ostentar la capitalidad del partido judicial ya que ello suponía la concentración de servicios intermedios de todo orden que afectaban a la actividad de la comarca: infraestructuras, comunicaciones y potenciación de la malla urbana.

³¹ Los lugares de La Adrada, Casillas, Fresnedilla, Higuera de las Dueñas, Navahondilla, Santa María del Tiétar y Sotillo se agregaron al partido judicial de Arenas de San Pedro. Vid. JIMÉNEZ BALLESTA, J. «El partido de Arenas de San Pedro: Organización política, administrativa, eclesiástica y régimen dominical. S. XVI-XX». *Trasierra*, 1 (1996), p. 65.

La mayoría de ellos adquirieron fijeza y continuidad en sus funciones jurídico-administrativas hasta la presente Ley de Demarcación y de Planta Judicial de 28 de diciembre de 1988 que organizó el Estado español en 422 partidos judiciales teniendo en cuenta las facultades transferidas a las Comunidades Autónomas, entre ellas la designación de la cabecera del distrito judicial³².

En la provincia de Ávila esta nueva regulación legal tuvo una mínima incidencia sobre la más agresiva división de 1965. En el preámbulo se apostaba por un modelo de partido judicial con un mínimo de 50.000 habitantes, lo que desbordaba en mucho las posibilidades demográficas de la provincia abulense; además exigía una superficie media de 700 a 1.000 km² con un radio de acción de 15 km. A todo ello se añadían otros ítems como los servicios de infraestructuras, las características orográficas de la comarca y el volumen de litigiosidad.

A tenor de las previsiones legales del art. 41 sobre el establecimiento de la planta de los juzgados, los límites geográficos de los cuatro partidos abulenses, que llegan al presente, se mantuvieron; ni hubo variación en el número ni en la capitalidad judicial pero sí que se reagruparon los 247 municipios que se esparcían por los 8.055 km² provinciales cuyo resultado fue el que aparece en el siguiente cuadro y más en detalle en el apunte documental que sirve de colofón a estas líneas:

PARTIDO JUDICIAL	CAPITAL DEL PARTIDO	N.º DE MUNICIPIOS QUE LO INTEGRAN
Arévalo	Arévalo	53
Arenas de San Pedro	Arenas de San Pedro	24
Ávila	Ávila	106
Piedrahíta	Piedrahíta	64

Después de veinticinco años de su implantación en la provincia abulense con una población de 172.704 habitantes observamos que la cartografía judicial no ha cambiado, ya que solo el partido judicial de Ávila ha ganado un municipio mientras que los otros tres permanecen intactos en cuanto a límites y número de divisiones territoriales judiciales.

³² LÓPEZ TRIGAL, L. «El mapa judicial de España. Un comentario desde la Geografía a la ley de demarcación y de planta judicial (1988)». *Estudios Geográficos*, 195 (1989), pp. 308-314.

ANEXO DOCUMENTAL

Orden por la que se aprueba la división provisional de partidos de la provincia de Ávila (6-VI-1821)³³.

Excmo. Sr.: Las Cortes se han servido aprobar la división provisional de la provincia de Ávila en los seis partidos que propone aquella diputación provincial, con los mismos pueblos que designa á cada uno, y cuyas capitales son Ávila, Arévalo, Peñaranda, Mombeltrán, Oropesa y Villafranca, comprendiéndose en este último los pueblos de Vadillo y San Bartolomé de Corneja, siempre que hasta ahora hayan estado enclavados en la provincia de Ávila, y no en la de Salamanca, según expone la Diputación provincial de aquella; en lo cual procederán de acuerdo las dos Diputaciones. De orden de las Cortes lo comunicamos á V.E. con inclusión del expediente, para que se sirva disponer su cumplimiento.

Dios guarde á V.E. muchos años. Madrid 6 de junio de 1821. Manuel González Allende, Diputado Secretario.= Pablo de la Llave, Diputado Secretario.= Sr. Secretario de Estado y del Despacho de Gracia y Justicia.

Subdivisión en partidos judiciales de la nueva división territorial de la península e islas adyacentes aprobada por S. M. en el Real Decreto de 21 de abril de 1834³⁴.

Convencido mi Real ánimo de la urgencia de plantear cuanto antes sea posible la división de los Partidos judiciales por los grandes beneficios que han de resultar á los pueblos de la más pronta Administración de Justicia; y considerando que la necesidad de esta medida se hace más imperiosa y perentoria, porque ella ha de presentar la base adoptada en mi Estatuto Real para las elecciones de los Procuradores del Reino en las próximas Cortes Generales; después de haber oído el dictamen del Consejo de Gobierno y del de Ministros, he venido en mandar, en nombre de mi muy cara y amada hija doña Isabel II:

Artículo 1.º Las provincias en que se halla dividido el territorio de la península é islas adyacentes por mi decreto de 30 de noviembre próximo

³³ *Colección de los Decretos y Ordenes Generales expedidas por las Cortes Ordinarias de los años 1820 y 1821 en el segundo periodo de su Diputación que comprende desde 25 de febrero hasta 30 de junio del último año*, Madrid: [s.n.], 1821, tomo VII, p.130

³⁴ Madrid: Imprenta Real, 1834.

pasado, quedan subdivididas en partidos judiciales del modo y forma que se expresa á continuación de este decreto.

Art. 2.º Esta división se entiende aprobada sin perjuicio de las alteraciones que la experiencia acredite ser necesarias para su mayor perfección.

Art. 3.º Los Alcaldes ordinarios de todos los pueblos cesarán desde luego en el ejercicio del poder judicial, que hasta el presente hubieren desempeñado, y remitirán los procesos y expedientes de Justicia que pendieren en sus juzgados, á los Jueces letrados de las cabezas de partido para su continuación y fallo con arreglo á las leyes, exceptuándose únicamente el caso en que no tenga el partido juez nombrado, pues entonces los Alcaldes ordinarios conocerán de los negocios contenciosos hasta que tome posesión el juez letrado que yo nombrare para aquel partido.

Art. 4.º Todos los corregidores y Alcaldes mayores situados en pueblos que por la nueva división no son cabeza de partido, continuarán por ahora administrando justicia en los pueblos donde residen, y en sus términos, sin que puedan extender fuera de ellos su jurisdicción.

Art. 5.º Los Corregidores y Alcaldes mayores de los pueblos erigidos en cabeza de partido, y los demás de que habla el artículo anterior, seguirán por ahora y hasta nueva resolución desempeñando todos los cargos y atribuciones que en el día les están cometidos.

Art. 6.º Me reservo fijar las atribuciones propias y exclusivas de los Jueces de partido; sus relaciones con las otras Autoridades; su rango, prerrogativas y distinciones; y sus clases, sueldos y responsabilidad, para dar á esta Magistratura la estabilidad y decoro que exige el desempeño de sus importantes funciones.

Tendréislo entendido, y dispondréis lo necesario á su cumplimiento.

Está rubricado de la Real mano.

En Aranjuez, á 21 de Abril de 1834.

A Don Nicolás María Garellly.

Subdivisión en partidos judiciales de la provincia de Ávila con expresión de los pueblos que comprenden³⁵.

Partido de Arenas de San Pedro (22 lugares)

Arenal	Gavilanes	Mombeltrán ³⁶	San Esteban del Valle
Arenas de San Pedro	Guisando	Parra, La	Santa Cruz del Valle
Arroyo Castaño	Hontanares	Pedro Bernardo	Serranillos ³⁷
Candeleda	Hornillo, El	Piedralaves	Villarejo del Valle
Casas Viejas	Lanzahíta	Poyales del Hoyo	
Cuevas del Valle	Mijares	Ramacastañas	

Partido de Arévalo (71 lugares)

Adanero	Cisla	Langa	Pedro Rodríguez
Albornos	Collado de Contreras	Madrigal de las Altas Torres	Rasueros
Aldeaseca	Constanzana	Magazos	Revilla de Barajas y el caserío de Castronuevo
Arévalo	Crespos	Mamblas	Salvados
Barromán	Donjimeno	Moraleja de Matababras	Sanchidrián
Bercial	Donvidas	Muñomer	San Esteban de Zapardiel
Bernuy Zapardiel	El Ajo	Muñosancho	San Pascual
Blasconuño de Matababras	Espinosa de los Caballeros	Narros del Castillo y caserío de Villacomer	San Vicente de Arévalo
Blascosancho	Flores Dávila	Narros del Monte	Sinlabajos
Bohodón	Fontiveros	Narros de Salduña	Tiñosillos
Cabezas de Alambre	Fuente el Saúz	Nava de Arévalo	Tornadizos de Arévalo y el caserío de las Olmedillas
Cabezas del Pozo	Fuentes de Año	Noarre	Villamayor
Cabizuela	Gimialcón	Orbita	Villanueva del Arenal
Canales	Gutiérrez-Muñoz	Pajares	Villanueva de Gómez
Cantiveros	Hernansancho	Palacios de Goda	Villar de Matababras
Castellanos de Zapardiel	Horcajo de las Torres	Palaciosrubios	Vinaderos
Cebolla	Hortigosa de Moraña	Papatrigo y el despoblado de Cordobilla	Viniegra de Moraña
Chaherrero	Jaraíces	Pascualgrande	

³⁵ Real Decreto de 21 de abril de 1834. Madrid: Imprenta Real, 1834, pp. 19-23.

³⁶ La Higuera, anejo de Mombeltrán, ya estaba despoblado.

³⁷ Había pertenecido con anterioridad al partido judicial de Mombeltrán ahora integrado en el de Arenas de San Pedro. Hoy está adscrito al partido judicial de Ávila en aplicación de la Ley de Demarcación y Planta Judicial de 1988.

Partido de Ávila (107 lugares)

Alameda	Cortos	Muñopepe	Sanchorreja
Alamedilla	Duruelo	Muñojero	San Juan de la Encinilla
Aldea del Abad	Escalonilla	Narrillos del Rebollar	San Pedro del Arroyo
Aldea del Rey	Fresno, El	Narrillos de San Leonardo	Santa María del Arroyo
Aldeavieja	Gallegos de Altamiro	Narros del Puerto	Santo Domingo de las Posadas
Aveinte	Gallegos de San Vicente	Navalacruz	Santo Tomé de Zabarcos
Ávila	Gemuño	Navalosa	Saornil de Voltoya
Bandadas	Gotarrendura	Navaquesera	Serrada, La
Baterna	Grajos	Navarredondilla	Sijeres
Belmonte	Guareña	Navarrevisca	Solosancho
Benitos	Horcajuelo	Navatalgordo	Sotalbo
Berlanas, Las	Hoyocasero	Niharra	Tolbaños y el caserío de Aldealgordo
Bernuy Salinero	La Hija de Dios	Oco	Tornadizos de Ávila
Berrocalejo de Aragona	Maello	Ojosalbos	Torre, La
Blacha	Marlín	Oso	Urraca
Blascoeles y el caserío de Tabladillo	Matiherreros y el despob. de Galindos	Padiernos	Balbarda
Bravos	Mediana	Palacios	Valdelacasa
Bularros	Merino	Patos	Vega de Santa María
Burgohondo	Mingorría y el despoblado de Saornil de Adaja	Peñalba	Velayos
Cabañas	Mironcillo	Pozanco	Venta de San Vicente
Cardeñosa	Monsalupe	Riata	Vicelozano y sus barrios de Brieva y Encinas
Casas	Morañuela	Riocabado	Villadey de las Gordillas
Casasola	Muñana	Riofrío	Villaflor y el caserío de la Gasca
Castilblanco	Múñez	Robledillo	Villaverde
Chamartín	Muñochas	Salobral	Villaviciosa
Cillán	Muñogalindo	Salobralejo	Zorita
Colilla, La	Muñogrande	Sanchicorto	

Partido de El Barco de Ávila (75 lugares)

Aldeanueva de Santa Cruz o de las Monjas	Casas del Rey	Loros	Palacios de Becedas
Aldehuela, La	Casas de Maripédro	Losar, El	Poyal
Aliseda, La	Castejada	Llanos, Los	Puerto de Tornavacas
Barco de Ávila, El	Cereceda	Mazalinos	Refraguas
Bardal	Cerrudos	Medinilla	Retuerta
Barquillo	Collado	Molinos, Los	San Bartolomé de Béjar
Becedas	Cuartos, Los	Naharros	San Lorenzo
Bohoyo	Encinares	Nava del Barco, La	Santa Lucía
Caballeros	Gilbuena	Navalquijo	Santiago de Aravalle
Cabezas Altas	Gilgarcía	Navalmoro	Sauces
Cabezas Bajas	Guijuelos	Navalonguilla	Serranía
Cabezuelo	Hermosillo	Navamediana	Solana de Béjar
Canaleja	Horcajada	Navamojada	Solanillas
Cardedal	Hoyo	Navamorisca	Tormellas
Carrascalejo	Junciana	Navamures	Tremedal, El
Carrera, La	Justias	Navarregadilla	Umbria
Casas de la Sierra	Lancharejo	Navatejares	Vallehondo
Casas de la Vega	Lastra del Cano, La	Neyla	Zarza, La
Casas del Abad	Lastrilla	Nogal	

Partido de Cebreros (32 lugares)

Adrada, La	Herradón, El	Navaendrinal	Peguerinos
Barraco, El	Herreras, Las	Navahondilla	Robledondo
Casillas	Higuera de las Dueñas	Navaluenga	San Bartolomé de Pinares
Cebreros	Hoya	Navalespino	San Juan de la Nava
Cereda	Hoyo de Pinares	Navalmoral	San Juan del Molinillo
Escarabajosa	Hoyo la Guija	Navalperal de Pinares	Santa Cruz de Pinares
El Tiemblo	Lastra	Navas del Marqués, Las	Sotillo de la Adrada
Fresnedilla	Majadillas	Paradilla	Villarejo

Partido de Piedrahíta (82 lugares)

Aldea del Abad del Mirón	Grandes y San Martín	Muñotello	San Bartolomé de Tormes o de la Ribera
Angostura	Herguijuela	Narrillos del Álamo	San García de Ingelmos y el caserío de Bercimuelle
Amavida	Herreros de Suso	Navacepeda de Corneja	San Martín de la Vega

Arevalillo	Horcajo de la Ribera	Navaceda de Tormes	San Martín del Pimpollar
Avellaneda, La	Hortigosa de la Ribera	Navacedilla	San Miguel de Corneja
Barajas	Hortigosa de Ríoalmar	Navadijos	San Miguel de Serrezuela
Becedillas	Hurtumpascual	Navaescorial y sus anejos del Barrio, Las Marías y Zapata	Santiago del Collado, el caserío de Pesqueruela, los anejos de Collado, Lastrilla, Navalmaíllo, Navamuñana, Navancuerda, Navarbeja, Nogal, Poyal, Santiuste y Zarzal y los despoblados de Navahermosa y Valdelaguna
Berrocal de Corneja	Hoyos del Collado	Navahermosa del Mirón	Solana de Ríoalmar y los caseríos de Garcípedro y Orihuelos
Blascojimenó	Hoyos del Espino	Navalperal de La Ribera	Tórtoles
Blascomillán	Hoyos de Miguel Muñoz	Navalsauz	Vadillo de la Sierra
Bonilla de la Sierra	Hoyorredondo	Navarredonda	Valdemolinos
Cabezas	Malpartida de Corneja	Navasequilla	Villafranca
Cabezas del Villar y los caseríos de Migalbín, Revilla, Serranos de Avianos y Zurraquín	Mancera de Arriba	Pajarejos	Villanueva del Campillo
Carpio Medianero	Manjabalago	Pasarilla del Rebollar	Villar de Corneja
Casas del Puerto de Villatoro	Martínez y el caserío de Montalvo	Parral, El	Villatoro
Cepeda la Mora	Mengamuñoz	Pascualcobo y los caseríos de Castellanos de la Torre y Serranos de la Torre	Vinegrilla
Collado del Mirón	Mercadillo	Piedrahíta y sus arrabales de Almoalla, Barrionuevo, Cañada, Casa, Palacios, Pesquera y Soto	Vita
Diego Álvaro	Mesegar	Pradosegar	Zapardiel de la Cañada
Gallegos de Sobrinos	Mirón	Poveda	Zapardiel de la Ribera
Gamonal	Mirueña	Rinconada	
Garganta del Villar	Muñico	San Bartolomé de Corneja	

Relación de términos municipales agrupados por partidos judiciales³⁸.

PROVINCIA DE ÁVILA

PARTIDO JUDICIAL n.º 1: ARÉVALO (53 municipios)			PARTIDO JUDICIAL, n.º 2: ARENAS DE SAN PEDRO (24 municipios)		
PARTIDO JUDICIAL	CM	NOMBRE DEL MUNICIPIO	PARTIDO JUDICIAL	CM	NOMBRE DEL MUNICIPIO
1	1	Adanero	1	177	Pajares de Adaja
1	8	Aldeaseca	1	178	Palacios de Goda
1	16	Arévalo	1	179	Papatrigo
1	23	Barromán	1	183	Pedro Rodríguez
1	26	Bercial de Zapardiel	1	193	Rasueros
1	29	Bernuy de Zapardiel	1	196	Rivilla de Barajas
1	34	Blasconuño de Matababras	1	198	Salvadiós
1	36	Bohodón, El	1	208	San Esteban de Zapardiel
1	42	Cabezas de Alambre	1	219	San Pascual
1	43	Cabezas del Pozo	1	231	San Vicente de Arévalo
1	45	Cabizuela	1	235	Sinlabajos
1	46	Canales	1	242	Tiñosillos
1	48	Cantiveros	1	264	Viñegra de Moraña
1	56	Castellanos de Zapardiel	1	258	Villanueva de Gómez
1	60	Cisla	1	259	Villanueva del Aceral
1	62	Collado de Contreras	2	2	Adrada, La
1	64	Constanzana	2	13	Arenal, El
1	65	Crespos	2	14	Arenas de San Pedro
1	69	Donjimeno	2	47	Candeleda
1	70	Donvidas	2	54	Casavieja
1	71	Espinosa de los Caballeros	2	55	Casillas
1	73	Flores de Ávila	2	66	Cuevas del Valle
1	74	Fontiveros	2	75	Fresnedilla
1	77	Fuente el Saúz	2	82	Gavilanes
1	78	Fuentes de Año	2	89	Guisando
1	86	Gimialcón	2	95	Higuera de las Dueñas
1	90	Gutiérrez Muñoz	2	100	Hornillo, El
1	99	Horcajo de las Torres	2	110	Lanzahíta
1	109	Langa	2	127	Mijares
1	114	Madrigal de las Altas Torres	2	132	Mombeltrán

³⁸ Ley 38/1988 de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial. BOE, 313, Anexo I, pp. 36597-36598.

1	117	Mamblas	2	156	Navahondilla
1	134	Moraleja de Matababras	2	182	Pedro Bernardo
1	140	Muñomer del Peco	2	187	Piedralaves
1	142	Muñosancho	2	189	Poyales del Hoyo
1	149	Narros de Saldueña	2	207	San Esteban del Valle
1	147	Narros del Castillo	2	221	Santa Cruz del Valle
1	152	Nava de Arévalo	2	227	Santa María del Tiétar
1	174	Orbita	2	240	Sotillo de la Adrada
			2	262	Villarejo del Valle

PARTIDO JUDICIAL n.º 3: ÁVILA (106 municipios)

PARTIDO JUDICIAL	CM	NOMBRE DEL MUNICIPIO	PARTIDO JUDICIAL	CM	NOMBRE DEL MUNICIPIO
3	5	Albornos	3	161	Navalperal de Pinares
3	12	Amavida	3	163	Navaluenga
3	17	Aveinte	3	164	Navaquesera
3	19	Ávila	3	166	Navarredondilla
3	22	Barraco, El	3	167	Navarrevisca
3	27	Berlanas, Las	3	168	Navas del Marqués, Las
3	30	Berrocalejo de Aragona	3	169	Navatalgordo
3	33	Blascomillán	3	172	Niharra
3	35	Blascosancho	3	173	Ojos Albos
3	39	Brabos	3	175	Oso, El
3	40	Bularros	3	176	Padiernos
3	41	Burgohondo	3	180	Parral, El
3	44	Cabezas del Villar	3	185	Peñalba de Ávila
3	49	Cardenosa	3	184	Peguerinos
3	53	Casasola	3	188	Poveda
3	57	Cebreros	3	190	Pozanco
3	67	Chamartín	3	191	Pradosegar
3	59	Cillán	3	194	Riocabado
3	61	Colilla, La	3	195	Riofrío
3	76	Fresno, El	3	197	Salobral
3	79	Gallegos de Altamiro	3	201	San Bartolomé de Pinares
3	80	Gallegos de Sobrinos	3	206	San Esteban de los Patos
3	83	Gemuño	3	209	San García de Ingelmos
3	87	Gotarrendura	3	210	San Juan de la Encinilla
3	88	Grandes y San Martín	3	211	San Juan de la Nava
3	92	Hernansancho	3	212	San Juan de Molinillo
3	93	Herradón, El	3	213	San Juan del Olmo
3	94	Herreros de Suso	3	220	San Pedro del Arroyo

3	96	Hija de Dios, La	3	204	Sanchidrián
3	101	Hoyocasero	3	205	Sanchorreja
3	107	Hurtumpascual	3	222	Santa Cruz de Pinares
3	115	Maello	3	224	Santa María del Arroyo
3	118	Mancera de Arriba	3	902	Santa María del Cubillo
3	119	Manjabálago	3	229	Sto. Domingo de las Posadas
3	120	Marlín	3	230	Santo Tomé de Zabarcos
3	121	Martiherrero	3	232	Serrada, La
3	123	Mediana de Voltoya	3	253	Serranillos
3	125	Mengamuñoz	3	234	Sigeres
3	128	Mingorría	3	237	Solana de Rioalmar
3	130	Mironcillo	3	238	Solosancho
3	131	Mirueña de los Infanzones	3	239	Sotalbo
3	133	Monsalupe	3	241	Tiemblo, El
3	135	Muñana	3	243	Tolbaños
3	136	Muñico	3	245	Tornadizos de Ávila
3	138	Muñogalindo	3	247	Torre, La
3	139	Muñogrande	3	251	Vadillo de la Sierra
3	141	Muñopepe	3	252	Valdecasa
3	143	Muñotello	3	253	Vega de Santa María
3	145	Narrillos del Rebollar	3	254	Velayos
3	148	Narros del Puerto	3	256	Villafior
3	157	Navalacruz	3	263	Villatoro
3	158	Navalmoral	3	265	Vita
3	160	Navalosa			

Partido judicial n.º 4: Piedrahíta (64 municipios)

PARTIDO JUDICIAL	CM	NOMBRE DEL MUNICIPIO	PARTIDO JUDICIAL	CM	NOMBRE DEL MUNICIPIO
4	7	Aldeanueva de Santa Cruz	4	151	Navacepedilla de Corneja
4	10	Aldehuela, La	4	154	Navadijos
4	15	Arevalillo	4	155	Navaescorial
4	18	Avellaneda	4	159	Navalonguilla
4	21	Barco de Ávila, El	4	162	Navalperal de Tormes
4	24	Becedas	4	165	Navarredonda de Gredos
4	25	Becedillas	4	170	Navatejares
4	37	Bohoyo	4	171	Neila de San Miguel
4	38	Bonilla de la Sierra	4	181	Pascualcobo
4	51	Carrera, La	4	186	Piedrahíta

4	52	Casas del Puerto de Villatoro	4	192	Puerto Castilla
4	58	Cepeda la Mora	4	199	San Bartolomé de Béjar
4	63	Collado del Mirón	4	200	San Bartolomé de Corneja
4	903	Diego del Carpio	4	901	San Juan de Gredos
4	81	Garganta del Villar	4	214	San Lorenzo de Tormes
4	84	Gilbuena	4	215	S. Martín de la V. del Alberche
4	85	Gil García	4	216	San Martín del Pimpollar
4	97	Horcajada, La	4	217	San Miguel de Corneja
4	103	Hoyorredondo	4	218	San Miguel de Serrezuela
4	106	Hoyos de Miguel Muñoz	4	226	Santa María de los Caballeros
4	104	Hoyos del Collado	4	225	Santa María del Berrocal
4	105	Hoyos del Espino	4	904	Santiago de Tormes
4	108	Junciana	4	228	Santiago del Collado
4	113	Llanos del Tormes, Los	4	236	Solana de Ávila (de Béjar)
4	112	Losar, El	4	244	Tormellas
4	116	Malpartida de Corneja	4	246	Tórtoles
4	122	Martínez	4	249	Umbrías
4	124	Medinilla	4	257	Villafranca de la Sierra
4	126	Mesegar de Corneja	4	260	Villanueva del Campillo
4	129	Mirón, El	4	261	Villar de Corneja
4	144	Narrillos del Álamo	4	266	Zapardiel de la Cañada
4	153	Nava del Barco	4	267	Zapardiel de la Ribera

Cuadro resumen de los partidos judiciales abulenses en la actualidad³⁹

PARTIDO JUDICIAL	CABECERA DEL P. J.	UNIDADES JUDICIALES	MUNICIPIOS	POBLACIÓN	SUPERFICIE
Arévalo	Arévalo	1	53	20.682 habit.	1.274 km ²
Arenas de San Pedro	Arenas de San Pedro	2	24	34.984 habit.	1.159,2 km ²
Ávila	Ávila	11	107	102.060 habit.	3.728,9 km ²
Piedrahíta	Piedrahíta	1	64	13.539 habit.	1.893,3 km ²
Total: 4 partidos judiciales	—	15	248	172.704 habit.	8.055 km ²

³⁹ Fuente: Cartografía judicial del Ministerio de Justicia.

EVOLUCIÓN DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Luis Eduardo de la Hoz García

1. Subjetividad internacional

El 17 de septiembre de 1948 eran asesinados en Jerusalén el mediador de la ONU en el conflicto entre israelíes y palestinos (el conde sueco Folke Bernadotte) y el observador francés (André P. Serot); con anterioridad habían fallecido otros cinco agentes de la Organización.

A causa de estos atentados, surge el debate acerca de si las organizaciones internacionales son sujetos de Derecho Internacional, capaces de presentar una reclamación internacional ante el TIJ.

La Organización de Naciones Unidas tiene órganos propios y de carácter permanente, una misión propia, además de capacidad jurídica, privilegios e inmunidades en el territorio de cada Estado miembro.

Puede decirse que la ONU es un sujeto de Derecho Internacional, en cuanto tiene capacidad para ser titular de derechos y deberes internacionales¹.

Haciendo en este punto una breve referencia histórica: la comunidad internacional fue inicialmente una sociedad de Estados soberanos, durante siglos el único sujeto de Derecho Internacional fue el Estado.

Actualmente la subjetividad es compartida tanto entre los Estados y las organizaciones internacionales, sin embargo este fenómeno no conlleva que los derechos y deberes de los dos sujetos implicados sean de la

¹ *Derecho de la Unión Europea. Nociones Básicas*. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. et ál. (dirs.). Paracuellos del Jarama: Dilex, 2012, p. 22.

misma naturaleza. Mientras los Estados poseen la totalidad de de derechos y deberes internacionales, los de las organizaciones dependerán de los propósitos y funciones que le han sido asignadas en base a su tratado constitutivo.

Las organizaciones internacionales han surgido en virtud de un tratado multilateral entre Estados, y sin, por tanto, una creación directa de estos, los Estados son los sujetos internacionales originarios².

2. Tipos y características de las organizaciones internacionales

Desde las primeras organizaciones internacionales surgidas en el siglo XIX, como la Unión Telegráfica Internacional de 1865 y la Unión Postal Internacional de 1874, las organizaciones internacionales no han dejado de evolucionar, llegando a la cúspide de las mismas en el siglo XX con organizaciones tan importantes como la Organización Internacional de Naciones Unidas, la Unión Europea, la Liga Árabe, etc.

La organización internacional puede definirse como un sujeto encuadrado en un marco institucional y centralizado, en el que tiene lugar un proceso de creación de normas.

Entre los órganos de las organizaciones encontramos un poder ejecutivo, legislativo y judicial.

El Derecho tiene la función de regular una realidad jurídica internacional cada vez más compleja, por eso aparecieron las primeras organizaciones internacionales allá por el siglo XIX y desde entonces no han hecho más que perfeccionarse.

Los Estados, con el fin de cooperar de forma pacífica entre ellos y alcanzar objetivos comunes, crean las organizaciones internacionales, que son organizaciones de carácter funcional.

Características:

- Carácter interestatal: los Estados al crear las organizaciones internacionales, y al ser miembros de las mismas (o solo siendo miembros de las mismas) participan en sus actividades a través de sus representantes gubernamentales.

² ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz. *Sistema de Derecho Internacional Público*. Madrid: Civitas, 2012, p. 56.

- Son entes institucionalizados: las organizaciones internacionales están compuestas por órganos de carácter permanente que pueden ser primarios o secundarios.
- Poseen las competencias atribuidas por los Estados en el Tratado Constitutivo.

Clasificación:

- Las organizaciones universales son aquellas con un tratado o carta constitutiva excesivamente flexible, lo que permite la entrada de una forma a mi juicio demasiado simple de nuevos miembros. Un claro ejemplo es la ONU. Las organizaciones restringidas son las formadas por un determinado grupo de Estados, en base a una actividad o misión de los mismos, es el caso de la OTAN, que tiene carácter defensivo.
- Las organizaciones de integración son aquellas en las que los Estados miembros atribuyen competencias soberanas a la organización, las materias transmitidas producirán efectos vinculantes en los Estados miembros; esto ocurre con la Unión Europea, pues muchas de sus decisiones son eficaces en España, las normas de la UE son de rango infraconstitucional y supralegal.
En las organizaciones de cooperación se persiguen ciertos fines, que su consecución resulta imposible si los Estados no aceptan ciertos modelos de comportamiento y subordinación, véase el caso del Consejo de Europa.
- Las organizaciones con fines generales, tienen por objeto todos aquellos objetivos que se contemplan en el marco de las relaciones internacionales.
- La misión de las organizaciones específicas es la consecución de unos objetivos concretos y determinados.

3. Consejo de Europa

Finalizada la Segunda Guerra Mundial se llega a la conclusión de la importancia de crear una Europa unida, una Europa fuerte, para evitar que una tragedia de semejantes dimensiones volviera a tener lugar.

Surgen dos corrientes, una de integración, de la que me ocuparé con detalle más adelante, con órganos propios y a la que los Estados cederían soberanía; esta corriente era defendida fundamentalmente por Bélgica y Francia. De otro lado, una corriente de cooperación defendida

por algunos Estados escandinavos y el Reino Unido, en la que no se cedía soberanía.

La creación del Consejo de Europa tiene lugar el 5 de mayo de 1959, tras el Estatuto de Londres, en la actualidad forman parte de esta Organización intergubernamental de Cooperación 47 Estados miembros.

La finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social³.

El Consejo de Europa perseguirá la consecución de acuerdos y políticas comunes en materia económica, jurídica, pero, lo más importante, su anhelo máximo será lograr la efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales⁴.

La condición básica y esencial para ser miembro del Consejo de Europa es la democracia, pues solo un Estado democrático es capaz de asegurar la defensa de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Constituye la democracia, desde mi perspectiva y a mi parecer desde el de la ciudadanía en su mayoría, un principio intrínseco de la seguridad jurídica.

Órganos:

- Comité de Ministros (arts. 13-21 del Estatuto de Londres): es el órgano que actúa en representación del Consejo de Europa. Cada Estado miembro tiene un representante, con derecho a un voto, que se corresponde con el Ministro de Asuntos Exteriores. Este órgano a petición de asamblea consultiva o a iniciativa propia estudiará las medidas para cumplir los objetivos del Consejo de Europa, teniendo capacidad para emitir recomendaciones.
- Asamblea consultiva: órgano de naturaleza deliberante y consultiva; de acuerdo con el artículo 22 del Estatuto de Londres deliberará acerca de los asuntos que sean de su competencia, tal como esta queda definida en el Estatuto, y transmitirá sus conclusiones al Comité de Ministros bajo la forma de recomendaciones. Está compuesta por los representantes de los parlamentos nacionales (salvo excepciones).

³ Art. 1.a) del Estatuto de Londres.

⁴ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. *Derecho de la Unión Europea. Nociones Básicas*. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. et ál. (dir.). Paracuellos del Jarama: Dilex, 2012, pp. 27-28.

- La Secretaría: compuesta por el secretario general, el secretario general adjunto y demás personal necesario para lograr sus fines. La función del susodicho órgano es de coordinación política, tanto del Consejo de Europa como de los Estados miembros (art. 36 Estatuto de Londres)⁵.

4. Relación entre el Consejo de Europa y los derechos humanos

La relación entre el Consejo de Europa y los derechos humanos se concreta con la materialización del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, el Convenio para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos inhumanos o degradantes, de 26 de noviembre de 1987, y el comisario de Derechos Humanos.

- *Convenio Europeo de Derechos Humanos*: estamos ante el convenio fuente del TEDH. Su jurisdicción es obligatoria para todos los Estados que forman parte del Consejo de Europa. Pueden acudir al presente tribunal personas físicas, organizaciones no gubernamentales o grupos de particulares que consideren que sus derechos han sido violados por un Estado miembro, un ejemplo claro lo encontramos en la etarra Inés del Río o el empresario Ruiz Mateos que acudieron al TEDH por considerar que España estaba violando sus derechos.

En el particular y enrevesado Estado autonómico que constituye España, la respuesta ante una posible violación de los derechos humanos sería dada por el Estado Central.

Es sorprendente desde mi punto de vista, tras la desmembración en los noventa de la URSS, además de Europa Central y del Este, la rapidez con la que muchos Estados desconocedores de la democracia fueron aceptados en el Consejo; el Consejo siguió con especial atención el comportamiento de sus nuevos Estados miembros, con el fin de que la democracia fuere efectiva de hecho y no exclusivamente de Derecho.

- *Convenio para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos inhumanos o degradantes*: el presente convenio tiene lugar por el deseo de reforzar la protección contra las penas o tratos inhumanos a través de mecanismos de carácter preventivo.

⁵ IBÍDEM, pp. 30-32.

Se lleva a cabo a través de visitas a los centros de detención donde haya personas privadas de su libertad, por decisión de los poderes públicos.

Los Estados parte autorizan la visita, además de colaborar en la previsión de los tratos inhumanos.

- *Comisario de Derechos Humanos*: destaca entre sus funciones promover la eficacia de los Derechos Humanos entre los Estados miembros, además de valorar su eficacia. El mencionado órgano mantiene relaciones con los gobiernos de los Estados miembros del Consejo de Europa, presentará además al Comité de Ministros y a la Asamblea Parlamentaria un informe anual sobre sus funciones. El Comisario de Derechos Humanos tiene capacidad de emitir recomendaciones en materia de su competencia⁶.

5. Inicio de las organizaciones de integración. La declaración de Schumann

Tras las fatídicas consecuencias de la Segunda Guerra Mundial, el Ministro de Exteriores Francés, Robert Schumann, presentó un proyecto conocido popularmente como la Declaración de Schumann, con la meta de evitar de nuevo la hecatombe en Europa.

La Declaración aspiraba a la constitución de una Europa solidaria de hecho, en la que Francia y Alemania superasen sus diferencias cediendo competencias a la nueva organización que tendría lugar (CECA), concretamente, se aspiraba a evitar la rivalidad franco-alemana en la producción del carbón y del acero, la producción debería ser conjunta, además de estar sometida a una Alta Autoridad común, resultaría así imposible materialmente la creación de armas, de las que el continente europeo había sido víctima.

La nueva organización sería abierta a los países europeos que desearan participar en ella. De este modo, se proporcionaría a los países que se agruparan los elementos fundamentales de la producción industrial, sentando al mismo tiempo los principios de una unificación económica.

Se garantizaba en todo momento la independencia de la Alta Autoridad, la CECA (Comunidad Europea del Carbón y del Acero), aceptada en

⁶ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. *Derecho de la Unión Europea Nociones Básicas...*

1951 por Alemania, Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo, que tuvo la misión de garantizar la modernización de la producción y la mejora de su calidad; el suministro, en condiciones idénticas, del carbón y del acero en el mercado francés y en el mercado alemán, así como en los de los países adherentes; el desarrollo de la exportación común hacia los demás países; la equiparación y mejora de las condiciones de vida de los trabajadores de esas industrias. Como consecuencia de las causas citadas tendrá lugar una fusión de los mercados, además de una expansión de la producción.

La CECA tendría eficacia durante cincuenta años⁷.

6. La fallida comunidad europea de defensa

Tras el éxito que supuso la CECA, los seis Estados firmantes decidieron seguir adelante en su aventura de integración, pese a que otros países, fundamentalmente el Reino Unido, consideraban que no resultaba beneficioso ceder competencias soberanas a una organización.

Pese a la derrota del Eje, el mundo estaba lejos de alcanzar la paz, esto se tradujo en la formación de la OTAN (North Atlantic Treaty Organisation), creada el 4 de abril de 1949. La OTAN supuso la constitución de una alianza militar entre Europa y Estados Unidos para luchar contra el comunismo.

En 1950, estalló la Guerra de Corea; se trató, a mi modo de ver, del primer escenario en que se hizo efectiva la Guerra Fría entre el bloque comunista y el capitalista. Hay que tener presente que la Europa occidental y la comunista pese a que estuvieran en las antípodas en términos ideológicos, al mismo tiempo resultaban muy cercanas; Jean Monnet (primer presidente de la Alta Autoridad de la CECA) pensó que sería extremadamente útil la creación de una Comunidad Europea de Defensa (CED); esta idea trató de ser llevada a cabo por René Pleven.

El Tratado fue firmado por los seis Estados miembros de la CECA el 27 de mayo de 1952 (República Federal Alemana, Francia, Italia, Luxemburgo, Holanda y Bélgica); los tratados necesitan ser ratificados por los Estados miembros antes de su entrada en vigor y curiosamente Francia

⁷ AGUILERA BARCHET, Bruno. *Entre Estado y Nación. Sociedad, poder y derecho, de la prehistoria a la integración europea*. Madrid: Editorial Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales, 2011, pp. 439 y 440.

el país promotor del Tratado rechazó su ratificación, por lo que todo quedó en una mera anécdota.

La no ratificación del Tratado desgastó considerablemente a Jean Monnet, que presentó en 1954 su dimisión como presidente de la Alta Autoridad de la CECA.

Hasta al Tratado de la Unión Europea Versión Ámsterdam, Europa no volvió a plantearse políticas de seguridad común⁸.

7. CECA, CEE y EURATOM

Pese al fracaso de la CED, estaban patentes en Europa los beneficios que supuso la creación de la CECA, pocos esperaban que aquel Tratado firmado en el mes de abril de 1951 en París traería resultados positivos en un periodo tan breve de tiempo.

Los Estados miembros apostaron por nuevas formas de integración. Esto conlleva a la firma de los Tratados de Roma el 25 de marzo de 1957: nacieron así la CEE (Comunidad Económica Europea) y el EURATOM (Ente Europeo para Energía Atómica).

Como he dicho anteriormente, las organizaciones de integración se caracterizan entre otros motivos por el carácter permanente de sus órganos, la CECA se componía de la Alta Autoridad, el Consejo, la Asamblea y el Tribunal de Justicia.

Las nuevas organizaciones, fuentes de los Tratados de Roma, también gozaban de órganos propios.

Desde el punto de vista de la praxis, el panorama de las organizaciones europeas resultaría más sencillo, e incluso es posible que más eficaz, si se unificaban algunos de los órganos de las organizaciones. Se unificaron, en un principio, la Asamblea, el Tribunal de Justicia y el Comité Económico y Social.

Con el Tratado de Bruselas de 1965 tuvo lugar la unificación del Consejo y de la Comisión, siendo únicos para las tres organizaciones. Aunque las instituciones de las organizaciones fueran las mismas, sus funciones resultaban diferentes, en relación a las competencias de cada Tratado constitutivo.

⁸ AGUILERA BARCHET, Bruno. *Entre Estado y Nación...*

El proceso de integración no ha dejado de avanzar hasta nuestros días, aunque hoy no cabe hablar de la CEEA y del EURATOM, la CEE tiene una importancia fundamental en la actualidad.

Pues el Tratado constitutivo de la CEE se ha ido modificando acorde con las situaciones de Derecho que le tocaba regular, cabe hablar de los tratados modificativos derivados de la CEE: el Acta única Europea (1986), el Tratado de Maastricht (1992), el Tratado de Ámsterdam (1997), el Tratado de Niza (2001) y, por último, el Tratado de Lisboa (2007).

Todos estos tratados modificativos son, en esencia, versiones del Tratado de la Comunidad Económica Europea de 1957.

En la actualidad, Europa se rige únicamente por dos tratados, el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, ambos con el mismo valor jurídico⁹.

8. Naturaleza de la Unión Europea

La Unión Europea es una organización internacional de integración, dotada de instituciones propias y permanentes, cuyas decisiones vinculan a todos sus miembros. La Unión goza de un principio de supremacía, aplicación inmediata y uniforme de algunos de sus actos jurídicos.

Toca hacer mención en este punto al principio de atribución, los Estados miembros atribuyen a la UE las competencias necesarias para alcanzar sus objetivos. Sin embargo puede darse el caso de que no se den a la UE todos los medios necesarios para que alcance estos objetivos, a través de la cláusula de imprevisión (352 TFUE) se pone solución al problema, pues permite a la Unión basarse en el principio de atribución para actuar en aquellas materias definidas en los Tratados, para las que sin embargo no se establecen los medios adecuados¹⁰.

En el artículo 1 TUE, se encuentra el fundamento jurídico de la Unión Europea:

Por el presente Tratado, las altas partes contratantes constituyen entre sí una Unión Europea, en lo sucesivo denominada «Unión», a la que los Estados miembros atribuyen competencias para alcanzar sus objetivos comunes.

El presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible.

⁹ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. *Derecho de la Unión Europea. Nociones Básicas...*

¹⁰ IBÍDEM, pp. 43-44.

La Unión se fundamenta en el presente Tratado y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo denominados «los Tratados»). Ambos Tratados tienen el mismo valor jurídico. La Unión sustituirá y sucederá a la Comunidad Europea.

9. Valores de la Unión Europea

Los valores de la Unión Europea están recogidos en el artículo 2 TUE. La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los Derechos Humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.

Estas características son propias de los países en los que la democracia resulta efectiva, es un condicionante para formar parte de la UE, cumplir los requisitos enunciados en el artículo. Sin embargo, hay que asegurarse de que esta democracia es realmente efectiva, para ello se establecen medidas preventivas y sancionadoras.

Las preventivas se encuentran reguladas en el artículo 7.1 TUE:

A propuesta motivada de un tercio de los Estados miembros, del Parlamento Europeo o de la Comisión, el Consejo, por mayoría de cuatro quintos de sus miembros y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2. Antes de proceder a esta constatación, el Consejo oír al Estado miembro de que se trate y por el mismo procedimiento podrá dirigirle recomendaciones. El Consejo comprobará de manera periódica si los motivos que han llevado a tal constatación siguen siendo válidos.

Además de las medidas preventivas, cuya función como ha quedado claro a tenor del artículo anterior es vigilar que no se produzca una violación de lo referido en el artículo 2 TUE, existen las mediadas sancionadoras, reguladas en el artículo 7.3 TUE, cuya misión será la de sancionar a los Estados miembros que no cumplan las obligaciones derivadas de los Tratados.

Art. 7.3 TUE:

Cuando se haya efectuado la constatación contemplada en el apartado 2, el Consejo podrá decidir, por mayoría cualificada, que se suspendan determinados derechos derivados de la aplicación de los Tratados al Estado miembro de que se trate, incluidos los derechos de voto del representante del Gobierno de dicho Estado miembro en el Consejo. Al proceder a dicha suspensión, el Consejo tendrá en cuenta las posibles consecuencias de la misma para los derechos y obligaciones de las personas físicas y jurídicas.

Las obligaciones del Estado miembro de que se trate derivadas de los Tratados continuarán, en cualquier caso, siendo vinculantes para dicho Estado.

Nos encontramos sin embargo, ante medidas de naturaleza reversible, si se producen cambios en la situación que las produjo (art. 7.4)¹¹.

10. Objetivos de la Unión Europea

Existen dos grandes tipos de objetivos de la UE, los objetivos generales y los objetivos específicos. Los objetivos generales son los que, en caso de su no existencia, la Unión no tendría sentido; son objetivos que se tratarán alcanzar de común acuerdo todos los Estados miembros, en virtud de las competencias que le hayan sido atribuidas a la Unión.

Los objetivos generales están enumerados en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea y en los artículos 7 a 17 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Cualquier norma que no respete lo establecido en estos artículos será impugnada, pues va contra las metas para las cuales la Unión ha sido constituida.

Art 3 TUE:

1. La Unión tiene como finalidad promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos.

2. La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas, conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia.

3. La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.

La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño.

La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros.

La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo.

4. La Unión establecerá una unión económica y monetaria cuya moneda es el euro.

¹¹ Arts. 2 y 7.2-7.4 del Tratado de la Unión Europea.

5. En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño, así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho Internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas.

6. La Unión perseguirá sus objetivos por los medios apropiados, de acuerdo con las competencias que se le atribuyen en los Tratados.

Los objetivos específicos de la Unión, son los perseguidos por las distintas políticas de la UE que vienen enunciadas en los Tratados¹².

11. Principios fundamentales de la Unión Europea

- Principio de democracia.
- Principio de respeto de los Derechos Humanos.
- Principio de igualdad de los Estados miembros.
- Principio del respeto de la identidad nacional de los Estados miembros.
- Principio de cooperación leal.
- Principio de solidaridad.
- Principio de transparencia y proximidad.

a) *Principio de democracia*: como resulta obvio, sin una democracia real y efectiva de hecho, no hay Estado de Derecho ni Derechos Humanos. Por lo tanto la Unión Europea establecerá las medidas oportunas para que la democracia sea real en los países miembros.

La democracia es una obligación jurídica, no podrá formar parte ni de la UE, ni del Consejo de Europa ningún Estado en el que la democracia no esté garantizada. La democracia es una obligación que vincula al Estado en su conjunto, desde los poderes del Estado, como al conjunto de órganos, administraciones y entidades territoriales.

La exigencia de democracia no estaba positivada en los tratados constitutivos, sin embargo era una exigencia no escrita, pues multitud de Estados no pudieron entrar a formar parte de la Unión en los primeros años, al considerar la misma que no cumplían las exigencias democráticas necesarias. En la actualidad la democracia es una exigencia escrita en los tratados (art. 2 TUE).

¹² *Derecho de la Unión Europea...*, pp. 48-49 y art. 6 del Tratado de la Unión Europea.

Un ejemplo claro de que la UE vela por la democracia lo tenemos en la ilegalización de Herri Batasuna, partido que tenía fuertes lazos de unión con la banda terrorista ETA, aunque sus dirigentes siempre lo negaron, pese a la multitud de evidencias (gritos a favor de los terroristas en manifestaciones encabezadas por dirigentes de Herri Batasuna, justificación del terrorismo, amenazas...), las instituciones europeas consideraron que los lazos estaban suficientemente probados.

Otro ejemplo, es la ilegalización del Partido de la Prosperidad turco por su discurso islamista, incompatible con la democracia, ilegalizado por el TEDH, en relación a la pertenencia de Turquía al Consejo de Europa.

Los tratados constitutivos contienen medidas preventivas y sancionadoras para que la democracia sea efectiva.

b) *Principio del respeto de los Derechos Humanos*: nos encontramos ante un principio recogido en el artículo 2 TUE, además de en el artículo 6.1 TUE, en el que se declara: «la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea».

El artículo 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos:

Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

El principio del respeto a los Derechos Humanos se proyecta sobre la acción exterior de la Unión y sobre la política de cooperación al desarrollo.

c) *Principio de igualdad entre los Estados miembros*: viene al caso en este momento hacer mención al artículo 4.2 TUE:

La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro.

La igualdad entre los Estados es un principio del Derecho Internacional Público, recogido en la Carta de Naciones Unidas, además de en la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General.

d) *Principio del respeto a la identidad nacional de los Estados miembros*: Tiene su origen en el Tratado de Maastricht; la identidad nacional solo tiene un límite, que es el que los gobiernos se basen en principios democráticos y el respeto de los Derechos Humanos (art. 47 TUE).

e) *Principio de cooperación leal*: principio recogido en el artículo 4.3 TUE:

Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados.

Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión.

Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión.

Los Estados miembros tendrán la obligación de abstenerse de adoptar cualquier tipo de medida que pueda poner en peligro la realización del Tratado, además deberán facilitar a las instituciones el cumplimiento de sus misiones. Por último, cabe decir que las obligaciones por parte de los Estados se llevarán a cabo mediante el principio de autoorganización.

f) *Principio de solidaridad*: proclamado en el Preámbulo del TUE: «los Estados parte manifiestan su deseo de acrecentar la solidaridad entre sus pueblos, dentro del respeto de su historia, cultura y tradiciones».

Los Estados miembros están unidos no exclusivamente mediante vínculos jurídicos, pues también existen otros vínculos como podrían ser por ejemplo de carácter económico.

g) *Principio de transparencia y proximidad*: a razón del artículo 1 TUE, «las decisiones serán tomadas de la forma más próxima posible a los ciudadanos»¹³.

¹³ *Derecho de la Unión Europea Nociones Básicas...*, pp. 50-60. Art. 2 Tratado de la Unión Europea; art. 6.1 Tratado de la Unión Europea; art. 6.3 Convenio Europeo de Derechos Humanos; art. 4.2 Tratado de la Unión Europea; art. 47 Tratado de la Unión Europea; art. 4.3 Tratado de la Unión Europea; Preámbulo del Tratado de la Unión Europea; art. 1 Tratado de la Unión Europea.

TRATAMIENTO POLICIAL DE MENORES DE EDAD

María Isabel Jiménez Sánchez

Magistrada del Juzgado Contencioso-Administrativo de Ávila

Como alumna y discípula de Juan Agustín Moro Benito, Tinín para los amigos, pues fue mi preparador de oposiciones a Judicatura y quien me enseñó no solo el Derecho sino, también y sobre todo, cómo aplicarlo y cómo hacerlo lo mejor posible, me resulta muy gratificante que se haya contado conmigo para hacer esta colaboración.

Durante el tiempo de preparación de oposiciones con él, lo de «tirar la toalla» no estaba en mi vocabulario, era prácticamente imposible, si había algún día que iba a «cantar temas» y flaqueaban mis fuerzas ya se encargaba de recordarme que había que seguir adelante, siempre positivo, siempre animando y, por supuesto, siempre enseñando.

Haber aprendido con él y haberme formado con él en lo que ahora soy profesionalmente es algo que me acompaña siempre y que me ha guiado y guía en mis decisiones en esta ardua tarea de impartir justicia.

Con él, aprendí que aplicar el Derecho no es solo aplicar las leyes o normativa vigente, sino hacerlo además con humanidad, con sentimientos, teniendo en cuenta siempre al justiciable. Aprendí también a no ser una autómatas en mi trabajo y a valorar el mismo.

También aprendí a tratar a cuantas personas acuden a la Justicia, con dignidad, con dedicación, con entusiasmo.

Y, en fin, aprendí cómo debe aplicarse el Derecho con Justicia.

Elegir un tema a tratar no es tarea fácil, teniendo en cuenta que son muchos los que pueden ser abordados y teniendo en cuenta que de la mayoría de las cuestiones ya existen trabajos, ponencias, tesis doctrinales...

No obstante, aun cuando ahora estoy ejerciendo en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y lo he hecho durante algunos años, he decidido decantarme por un tema de la Jurisdicción de Menores, en la cual también he estado durante bastantes años. La razón no sabría darla. Quizá exista una: ser los menores de edad personas vulnerables, necesitadas de especial atención y de un trato en el que se humaniza el Derecho, algo a lo que Tinín daba especial importancia y ese humanizar el Derecho también lo aprendí de él.

1. Antecedentes y evolución histórica

El establecer una justicia penal diferente para los menores es una idea que surgió en Chicago en 1899 donde el movimiento «Los Salvadores del Niño» impulsó la creación de un tribunal para niños.

La Ley de Chicago de 1899 dio al tribunal jurisdicción en materia de niños «dependientes, abandonados y delincuentes».

De forma paralela, en Europa se fueron creando tribunales para menores, de tal forma que en 1931 se podían contabilizar 30 países con tribunales específicos para menores o jóvenes.

En nuestro país, los primeros tribunales para menores existieron en Bilbao, Tarragona y Barcelona.

La primera ley que reguló su funcionamiento fue la Ley de Bases sobre Organización y Atribuciones de Tribunales para Niños publicada el 15 de agosto de 1918, objeto de sucesivas reformas hasta llegar al texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores y el reglamento para su aplicación de 11 de junio de 1948, texto que estuvo vigente hasta 1992.

En 1992, se publicó la Ley 4/92 de 5 de junio, reguladora de la Competencia y el procedimiento en los juzgados de Menores, que estuvo en vigor hasta la publicación de la LORRPM 5/2000, posteriormente modificada por la Ley 8/2006.

En el ámbito internacional, destacan las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia a Menores, «Reglas de Beijing», aprobadas el 29 de noviembre de 1985; la Recomendación n.º R (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre reacciones sociales a la delincuencia juvenil, que estableció pautas de actuación similares a las de las Reglas de Beijing; la Convención sobre los Derechos del Niño

de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990; Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad; Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)...

En el ámbito nacional, destacan la LOPJ, la Ley 21/87 de 11 de noviembre (modifica la LEC y el C.C. en materia de adopción), la LORRPM, su Reglamento, el Código Penal...

2. Modelos de tratamiento de menores infractores

Pueden seguirse tres modelos diferentes con relación al tratamiento de un menor que ha cometido una infracción penal:

a) Modelo de protección: Se corresponde con la situación vivida en España hasta el inicio de la década de los noventa, y tuvo su origen a principios del siglo XX con el nacimiento de una serie de movimientos que se propusieron liberar a los niños del sistema penal de adultos, para lo que se crearon una serie de tribunales especializados, en los que la finalidad esencial era «reeducar» al menor para intentar adaptarlo a los principios educativos establecidos por la sociedad, incluso aunque no hubiese cometido un hecho delictivo. Todo iba a ser en su bien y por ello no se estimaba necesaria la existencia de un proceso para imponer al menor una medida que siempre iba a redundar en su beneficio, aunque se tratase de un internamiento en un centro de los llamados «reformatorios». Se les aplicaba en muchos casos un régimen más grave que el que se hubiese seguido con un adulto.

b) Modelo educativo: Surge con el Estado de Bienestar y su objetivo es justamente el contrario del anterior sistema, en cuanto que su meta principal es no intervenir respecto del menor acusado de una infracción criminal. En Europa se desarrolla en los años sesenta, aunque en nuestro país continuaba el modelo de protección.

En este modelo educativo, los servicios sociales, intentan ayudar al menor, sin distinguir si ha cometido o no un hecho penalmente relevante, intentando soluciones extrajudiciales y su ayuda dentro del ámbito familiar y social sin pasar por el juzgado, surgiendo los modelos de diversión y mediación, mediante la realización por su parte de actividades de colaboración social o de reparación a la víctima.

c) Modelo jurídico o de responsabilidad: A raíz de diferentes sentencias de la Corte Suprema en EE.UU en los casos Kent, Gault o Mckeiver,

se produjo una auténtica modificación en la concepción del tratamiento penal del menor.

En este modelo, se da menor énfasis a la idea de protección y asistencia al menor y al mismo tiempo un acercamiento a los planteamientos de la justicia penal de adultos, aunque orientada a una finalidad educativa.

Reflejo de esta nueva tendencia o modelo fueron las distintas recomendaciones o reglas que surgieron en el ámbito europeo y en especial la Convención sobre los Derechos del Niño.

En España, hubo que esperar a la Ley 4/1992 de 5 de junio para que existiese una consecuencia legal de esta nueva tendencia, que ha quedado totalmente establecida en la actual LORRPM.

3. La Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORRPM)

Establece la competencia de los juzgados de Menores para conocer de los hechos cometidos por mayores de 14 años y menores de 18 años.

Los menores de 14 años sólo podrán ser sometidos a protección pero no a reforma.

Los mayores de 18 años y menores de 21 años siguen siendo competencia de los juzgados de adultos, y ya de forma definitiva, porque así lo ha dispuesto la Ley 8/2006 de 4 de diciembre de reforma de la LORRPM.

El procedimiento se divide en tres fases diferenciadas: la de instrucción, que corresponde al fiscal; la de Audiencia, que se sigue en los juzgados de Menores y la de ejecución, que compete a la Administración sin perjuicio de que los magistrados de Menores sean quienes controlen esa ejecución.

La instrucción y decisión de un importante número de piezas separadas también corresponde a los magistrados de Menores, entre las que destaca la de medidas cautelares, la referente a la adopción de diligencias restrictivas de derechos fundamentales, declarar secreto un expediente, etc.

Las características más importantes de la LORRPM, son:

1. Regulación conjunta de aspectos sustantivos y procesales, con referencias constantes al Código Penal y a la LECrim., con inspiración en la fase de ejecución de medidas en preceptos del Derecho Penitenciario aunque con la entrada en vigor el 28 de febrero de 2005 del

Reglamento de desarrollo parcial de la LORRPM, habrá que estar a lo que este disponga.

2. Separación de las funciones de instrucción y enjuiciamiento, correspondiendo la primera al fiscal y la segunda a los magistrados de Menores.
3. Amplio principio de oportunidad.
4. Principio acusatorio, pues el procedimiento solo se pone en marcha cuando el fiscal decide incoar un procedimiento al menor.
5. La institución de Jurado no tiene cabida en este procedimiento.
6. Limitación de los motivos por los que puede acordarse una medida cautelar como el internamiento provisional del menor y adecuada regulación de los aspectos referentes a la detención de un menor.
7. Derecho de defensa desde el principio de la incoación del expediente y para todo tipo de infracciones.
8. Posibilidad de satisfacer a la víctima mediante una reparación extrajudicial a través del sistema de mediación.
9. Finalidad educativa de las medidas a imponer a un menor y dentro de ellas la de internamiento debe reservarse para los casos realmente graves. Se faculta al juez la posibilidad de dejar sin efecto esas medidas o de modificarlas, con determinados requisitos previos.
10. Competencia judicial para el control de la ejecución de medidas y competencia administrativa respecto a su ejecución material.

3.1. Sujetos destinatarios de la ley

Se establecen en la LORRPM tramos de edades que determinan la aplicación de distinto régimen jurídico en caso de comisión de un hecho tipificado en el Código Penal o en alguna de las leyes especiales, como delito o falta.

Se distingue, así, entre menores de 14 años, mayores de 14 años y menores de 18 años.

Respecto de los menores de 14 años, tal y como establece el art. 3 de la LORRPM, si un menor de esa edad comete una infracción penal, el fiscal valorará la procedencia de remitir los particulares que considere necesarios a la entidad pública de Protección de Menores a los efectos oportunos, en atención a las disposiciones del C.C. y de la LO 1/1996 de 15 de

enero de Protección Jurídica del Menor. Aunque la Ley no lo diga, la remisión se efectuará a la entidad pública del lugar del domicilio del menor y no a la del lugar de comisión del hecho, si fueran distintos.

En relación a mayores de 14 años y menores de 18 años, se debe aplicar sin excepción el régimen jurídico que se establece en la LORRPM. A su vez, deben subdistinguirse dos tramos de edad: 14 y 15 años, de un lado, y 16 y 17 años, de otro, ya que la duración máxima de determinadas medidas será diferente en ambos casos.

En cuanto al cómputo de la edad, tal y como establece el art. 5.3 de la LORRPM, el momento de comisión del ilícito penal será el que determine la edad del sujeto infractor en relación con la aplicación del régimen de la LORRPM.

No debe aplicarse el criterio establecido en el art. 315 del C.C., según el cual para el cómputo de la mayor edad «se incluirá completo el día de nacimiento», sino que el cómputo de edad, debe hacerse de momento a momento, para lo cual, cuando no bastara con el DNI, pasaporte u otro documento y subsistieran dudas sobre la edad del sujeto, deberá traerse al expediente la certificación literal de nacimiento expresiva de la hora del alumbramiento.

En todo caso, las dificultades interpretativas solo podrán solventarse en favor del menor.

En las infracciones penales continuadas debe atenderse a la edad del sujeto en el momento de la comisión de cada una de las infracciones. Solo habrá lugar a integrar en el delito continuado cuyo conocimiento se atribuya a la jurisdicción de Menores aquellos hechos cometidos por el sujeto entre los 14 y los 18 años. Los cometidos, habiendo rebasado la edad de 18 años, no podrán ser integrados en el delito continuado y de ellos se conocerá en el procedimiento que corresponda. Otra cosa será que, en atención al seguimiento de un procedimiento penal por hechos cometidos durante la mayoría de edad conexos a hechos cometidos durante la minoría de edad, el fiscal de Menores decida desistir de la persecución de estos últimos.

El delito permanente también presenta problemas en relación con la edad del sujeto infractor.

El delito permanente no podrá enjuiciarse por la jurisdicción de menores cuando el sujeto activo hubiera rebasado la edad de 18 años antes de eliminarse la situación ilícita. En todo caso, el enjuiciamiento del delito

permanente por la jurisdicción ordinaria, no podrá tener en cuenta, exclusivamente a efectos de agravación de la responsabilidad, las conductas cometidas en momentos anteriores a la adquisición de la mayoría de edad. Cuando entre la acción y el resultado el sujeto rebasa la edad, debe estarse al momento de la acción u omisión y no al del resultado, así se colige de una interpretación del art. 7 del CP, del art. 5 de la LORRPM y porque se trata de la solución más favorable al menor.

Si al iniciarse el procedimiento o durante su sustanciación hubiesen sido rebasadas las edades que se establecen en la LORRPM, las reglas de competencia no se verán alteradas por ello.

3.2. Reglas de competencia

Debe incoarse un expediente por cada hecho delictivo, con independencia de que en dicho hecho haya participado un menor o varios, pues en este último caso el expediente alcanzará a todos los copartícipes.

Los expedientes podrán acumularse a otros cuando entre los hechos delictivos –delitos o faltas– que constituyeron su objeto exista conexidad, lo que se determinará mediante la aplicación de las reglas contenidas en el art. 17 de la LECrim.

La competencia corresponde al juez de Menores del lugar de comisión del hecho delictivo. Las dudas sobre competencia territorial, se resolverán siempre a favor de la competencia del juez del lugar de domicilio del menor.

La LORRPM introduce una importante especialidad en materia de conexidad, ya que si existen delitos conexos, se antepone en el art. 20.3 el fuero del domicilio del menor a los que se señalan en el art. 18 de la LECrim, de manera que cuando un menor cometiera hechos delictivos en varios territorios, si alguno de estos coincide con el lugar de su domicilio, la acumulación por conexidad se hará en favor de la fiscalía o juzgado de dicho domicilio. Solo si todos los hechos se hubieran cometido fuera de su lugar de domicilio, tendrá aplicación directamente el art. 18 de la LECrim.

En caso de coparticipación de varios menores en varios hechos delictivos conexos, si el domicilio de dos o más menores radica en partidos judiciales distintos en los que hubieran sido cometidas infracciones penales, la determinación del juzgado de Menores competente por conexidad, atenderá al lugar de domicilio de aquel de los menores en el que primero concurra alguno de los criterios establecidos sucesivamente en el art. 18 de la LECrim.

3.3. Las medidas

El art. 7 de la LORRPM enumera y describe la naturaleza y contenido de las medidas que se pueden imponer al menor infractor.

Se ordenan de mayor a menor restricción de derechos, siendo la más grave la de internamiento y la más leve la de amonestación.

4. Instrucción en el procedimiento de la LORRPM. Incoación del procedimiento

En la jurisdicción de menores, es el fiscal de Menores quien instruye y quien decide si debe o no incoar un expediente a un menor y ello en base a la denuncia que se haga en Fiscalía o ante la Policía o Guardia Civil, quienes realizarán un atestado por escrito comprensivo de todos los datos relevantes al efecto y que debe remitirse a la Fiscalía de Menores.

Si en los hechos hay implicados mayores y menores, se puede remitir el atestado al juzgado de Instrucción de Guardia y este remitirá testimonio de particulares al fiscal de Menores en relación con los menores de edad.

Presupuesto para admitir a trámite la denuncia será que los hechos sean, al menos indiciariamente, constitutivos de infracción penal.

Si se admite a trámite la denuncia y, una vez admitida, el fiscal de Menores es quien tiene la obligación de custodiar las piezas, documentos y efectos que le hayan sido remitidos y será quien practique las diligencias necesarias para comprobar el hecho y la responsabilidad del menor, lo que llevará a cabo a través de unas diligencias denominadas «preliminares» y a la vista de ello puede decidir archivar las actuaciones o incoar expediente debiendo dar cuenta en este último caso al magistrado de Menores.

La adopción de medidas cautelares, de diligencias restrictivas de derechos fundamentales, la declaración de secreto del expediente y la preconstitución de prueba, únicamente competen al magistrado de Menores y no pueden adoptarse por los fiscales de Menores.

Los problemas más graves se presentan en relación con extranjeros no documentados o con grupos de población marginal que no han verificado la inscripción registral de los nacimientos. Si pese al agotamiento de los medios de prueba, subsiste la duda razonable sobre la minoría de edad del inculcado, deberá aceptarse la remisión del atestado a la Fiscalía de Menores.

5. Diligencias de instrucción. Diligencias para la determinación de la edad del menor e identificación del menor

Es discutible, porque no queda claro en la Ley, si la Policía, que en definitiva es quien investiga de forma directa, puede solicitar diligencias restrictivas de derechos fundamentales al juez de Menores, debiendo decirse al respecto que la propia estructura del procedimiento y la posición que en él ocupa el fiscal como instructor obliga a interpretar que la Policía en caso de que estime necesaria la práctica de tales diligencias, deberá proponerlas al fiscal y será este quien decida si procede o no solicitarlas del juez de Menores.

La diligencia de «Reconocimiento en Rueda», es una diligencia de investigación que si, en el proceso penal de adultos plantea problemas, en esta jurisdicción se multiplican, debiendo usarse solo en casos estrictamente necesarios. Es factible su práctica en el proceso de menores y entiendo que, al no ser restrictiva de derechos, su práctica debe hacerse por el fiscal durante la instrucción.

La práctica del reconocimiento en rueda de detenidos menores por parte de la Policía, se entenderá excepcional y solo se realizará en casos estrictamente necesarios y siempre contando con el previo conocimiento y la expresa autorización del fiscal.

En cuanto al reconocimiento fotográfico de menores para fines de investigación se realizará de forma ordinaria, usando al efecto álbumes fotográficos de menores detenidos por delitos, no por faltas, debiendo practicarse con todas las garantías, con absoluta neutralidad del investigador, neutralidad que estaría ausente cuando no se mostrase un álbum de fotos sino solo una que sea precisamente la del acusado.

5.1. Diligencias para la determinación de la edad

Cuando, como consecuencia de la falta de documentación, se generen dudas en cuanto a la edad de un imputado, es necesario practicar diligencias de instrucción específicas tendentes a despejar esa incógnita.

Se realizarán por la Policía Judicial, de oficio y de propia autoridad, las averiguaciones oportunas a fin de determinar la edad e identidad de los menores detenidos.

La Policía, en caso de que existan indicios para pensar, a la vista de la observación directa del detenido, que este es menor de edad, hasta que no se lleven a cabo las diligencias tendentes a fijar tales extremos deberá,

provisionalmente, aplicar las bases de regulación de la detención de menores en cuanto normas más favorables (jugará en principio con el límite de detención de 24 horas, mantendrá al detenido en dependencias separadas de los mayores...), pero si no puede determinar la edad del detenido y necesita un mandamiento o autorización para, por ejemplo, llevar a cabo la práctica de pruebas radiológicas y oseométricas, habrá de solicitar las autorizaciones al juez de Instrucción de Guardia y no al fiscal de Menores, pues, en tanto no conste la minoría de edad, no puede este asumir competencias instructoras.

En definitiva, la Policía en estos casos deberá solicitar del juzgado de Instrucción de Guardia, a la mayor brevedad y en todo caso dentro de las 24 horas, que acuerde la práctica de las correspondientes pruebas para determinar la edad. Con los resultados de las pruebas, ya contará la Policía con una orientación para determinar el tratamiento a dar al detenido y la autoridad a quien debe remitir el atestado y a cuya disposición debe poner, en su caso, al detenido.

No existe en España un precepto similar al art. 1 de la ley chilena del Menor que dispone que «[...] en caso de duda acerca de la edad de una persona, en apariencia menor, se le considerará provisionalmente como tal, mientras se comprueba su edad», aunque el principio *in dubio pro reo*, nos debe llevar a la misma conclusión y así se pronuncia la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, al disponer que «si pese al agotamiento de los medios de prueba, subsiste la duda razonable sobre la minoría de edad de una persona, habrá de aceptarse la remisión a la Fiscalía de Menores».

Ante el riesgo potencial de sujetar a un menor de edad a un sistema procesal y penal legalmente improcedente debe optarse por la solución menos arriesgada, que es la aplicación de las normas reguladoras de la responsabilidad penal de menores. Si la duda es sobre si el menor tiene o no 14 años al ejecutar los hechos, dicha duda se dirimirá a favor del menor y no se le exigirá responsabilidad penal, debiendo archivarse las diligencias por parte del fiscal con remisión de lo actuado a la entidad de protección correspondiente.

5.2. Identificación del menor

Es una diligencia esencial, que debe quedar totalmente solventada en la fase de investigación (preferentemente durante la confección del atestado por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado).

Si el imputado está debidamente documentado ello no planteará problemas, pero si no lo está, será necesario que se practiquen las correspondientes reseñas policiales (cliché fotográfico, reseña dactiloscópica, atribución de ordinal de informática), a fin de que pueda ser susceptible de identificación aun cuando en una fase ulterior del procedimiento aportase datos de filiación distintos a los inicialmente suministrados. Debe recordarse que las diligencias de toma de huellas se consideran diligencias policiales de identificación que, aunque supongan molestias, son consecuencia de un sometimiento legítimo a las normas de Policía, como los cacheos, perfectamente aceptados por la jurisprudencia ordinaria y constitucional.

Durante la vigencia de la LO 4/92, fue criterio de actuación tácitamente asumido el de que no cabía realizar reseñas dactiloscópicas de los menores detenidos indocumentados, generando los correspondientes sobreseimientos cuando estos se colocaban en paradero desconocido. Estos criterios de actuación hoy no pueden mantenerse, porque no tienen soporte legal ni lo tuvieron en su momento.

6. Diligencias restrictivas de derechos fundamentales

Las diligencias restrictivas de derechos fundamentales no puede practicarlas el fiscal y exigen de la autorización del juez de Menores por auto motivado, destacando las diligencias de entrada y registro en lugar cerrado, el registro de libros y papeles, la intervención de las comunicaciones privadas, tanto postales como telegráficas, la intervención de comunicaciones telefónicas, diligencias de filmación en lugares privados, intervenciones corporales directas..., pues afectan a derechos que solo pueden restringirse con autorización del juez de Menores. También debe excepcionarse de la regla general la práctica de prueba anticipada, por la necesidad de intermediación judicial en su producción. También debe acudir al juez de Menores para que se declare el secreto de las actuaciones.

En consecuencia, deben acordarse durante la instrucción del expediente por los magistrados de Menores y a petición del fiscal de Menores.

Las diligencias que puede practicar el fiscal por sí mismo, o a través de la Policía Judicial, son la declaración del menor, la de testigos, careos, informes periciales, inspecciones oculares, para las que necesitará el auxilio de la Policía, así como para las diligencias encaminadas a la determinación del cuerpo del delito, como recogida de armas, objetos, instrumentos,

análisis químicos, diligencias de reconocimiento en rueda o fotográfico para identificar al autor del hecho, etc.

7. Detención de menores

Se deben tener en cuenta al respecto, a nivel internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, las Reglas de Beijing, así como la Recomendación R (87) 20 sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil de 17 de septiembre de 1987 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, estableciendo todos ellos que no debe privarse de libertad ilegal o arbitrariamente a un menor, utilizando la detención como último recurso y durante el periodo más breve que proceda y garantizándole una serie de derechos; reglas y principios que se han acogido en la LORRPM, en su art. 17.

Debe hacerse en la forma menos perjudicial para el menor, informarle de manera clara, inmediata y comprensible de los hechos que se le imputan, de las razones de su detención y de sus derechos, entre otros a la asistencia de letrado.

La detención de un menor debe ser excepcional y solo se llevará a cabo por la comisión de hechos constitutivos a priori de delito, nunca cuando se trate de una falta, ya que rige supletoriamente la LECrim.

El menor debe ser custodiado en dependencias adecuadas y separadas de las que se utilicen para detenidos mayores de edad.

Debe practicarse en la forma que menos perjudique al menor, informarle en lenguaje claro, comprensible y de forma inmediata de los hechos imputados, de las razones de su detención y de los derechos que le asisten, debiendo notificarse su detención al fiscal y a sus representantes legales. Esto sí es una novedad, respecto al proceso penal de adultos, en todo caso debe notificarse su detención al fiscal, se localice o no a sus representantes legales. Si es extranjero a su consulado, si reside habitualmente fuera de España o si así lo solicita.

Deben recibir inmediatamente los cuidados, atención, protección y asistencia médica, social, psicológica y física que requieran. Declarará siempre en presencia de su letrado y de quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda, salvo que las circunstancias aconsejen lo contrario. Si es así, o si no es posible localizar a sus representantes legales, la declaración se hará a presencia del Ministerio Fiscal, representado por persona distinta del instructor del expediente.

La detención no podrá durar más tiempo del estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes a esclarecer los hechos y, en todo caso, dentro del plazo máximo de 24 horas deberá ser puesto en libertad o a disposición del fiscal.

Mientras dure la detención deberán ser custodiados los menores por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes en dependencias adecuadas y debiendo llevarse, en los establecimientos de detención, un libro registro de carácter confidencial, cuyos datos estarán solo a disposición del fiscal y de la autoridad judicial competente, debiendo ser único para todo lo atinente a la detención del menor, no debiendo consignarse ninguno de sus datos en ningún otro libro de las dependencias policiales.

Si los funcionarios de la Policía deciden dejarlo en libertad será entregado el menor a sus representantes legales o, si esto no fuera posible, a la Entidad Pública de protección de Menores de la respectiva Comunidad Autónoma.

Añadir, finalmente, que, contrariamente a lo que sucede para los adultos, los menores podrán entrevistarse con su letrado antes de que se les reciba declaración ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y ello es así tras la reforma de la LORRPM por Ley 8/2006.

8. Cacheos y registros corporales

El cacheo de los menores detenidos se realizará con respeto absoluto a sus derechos fundamentales y siempre como medida de seguridad para el propio menor y los actuantes, retirándole cualquier objeto que pudiera hacer peligrar su integridad física o su seguridad o la de quienes le custodian, especialmente en los casos de menores entre 16 y 18 años autores de delitos violentos, sexuales o terroristas.

Decir, además, que no es lo mismo un cacheo de naturaleza preventiva y superficial para evitar la presencia de armas u otros objetos de procedencia ilícita o ilegales, que otro que incida en mayor medida sobre el cuerpo del menor y que sea un registro más exhaustivo, pues para este último caso será precisa la autorización judicial, al vulnerarse derechos fundamentales.

En las intervenciones corporales existe un conflicto de intereses entre el interés del Estado en la persecución de los delitos y los derechos del imputado o, más exactamente, más que conflicto de intereses, de lo que debe

hablarse es de la prevalencia de unos derechos sobre otros, atendiendo a cada caso concreto.

En este sentido, debe adoptarse una cierta flexibilidad en la interpretación legal y jurisprudencial a la hora de aplicar los medios probatorios circunscritos a las intervenciones corporales, ya que, de otra manera, se estaría desposeyendo a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado de un instrumento elemental para la seguridad ciudadana.

Debe valorarse cada caso concreto, para poder determinar si existe una vulneración de derechos, debiendo destacarse que existen algunas sentencias contradictorias ante los mismos supuestos de intervenciones corporales, lo que debe desaparecer para establecer una línea uniforme que sirva para que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado sepan a qué atenerse a la hora de realizar su labor investigadora y de persecución de los hechos delictivos.

Por lo que se refiere a los cacheos y registros corporales externos, decir que el cacheo o palpación superficial y externa no atenta contra el derecho a la integridad física del menor, ni contra su libertad deambulatoria, ni contra su intimidad.

Y no atenta contra su integridad física salvo que se cometan excesos, caso de la STS 5 de octubre de 1989, que condenó por una falta de vejación o coacción de carácter leve a los agentes de la autoridad que obligaron al detenido a desnudarse para posteriormente realizar una serie de flexiones de piernas a fin de poder descubrir si llevaba drogas en su interior.

Cuestión distinta son las pruebas radiológicas para detectar si se lleva droga en el interior, pues en este caso se requiere consentimiento para su práctica o necesidad de autorización judicial en caso de oposición, debe respetarse la dignidad de la persona en la forma de practicarla, su derecho a la salud, pues la prueba debe ser practicada por personal sanitario aunque no se exige que sea médico, y que no exista contraindicación médica.

También hay que recordar que el TS establece que

en cuanto al art. 18.1 de la Constitución, pone de manifiesto la diferencia existente entre los cacheos y aquellas otras intervenciones corporales en las que puede resultar afectado el derecho a la integridad física.

Su derecho a la libertad deambulatoria tampoco queda afectado con los cacheos, pues son limitaciones o restricciones que se realizan por un

periodo de tiempo de muy escasa duración y con objetivos muy concretos enmarcados dentro de la propia investigación policial. No llevan consigo una detención, no debe procederse a lectura de derechos, ni debe asistir un letrado, cuya asistencia será precisa si tras el cacheo o registro se encuentra, por ejemplo, droga o cualquier objeto de procedencia ilícita, ya que en este caso se practicaría la detención inmediata.

Respecto a su derecho a la intimidad, tampoco se vería afectado si el cacheo cumple con los principios de idoneidad, adecuación, necesidad y proporcionalidad.

Las condiciones para realizar el cacheo de un menor y que este no atente contra el derecho a la intimidad, deben ser:

1. Derecho a ser cacheado por alguien del mismo sexo.
2. Derecho a que la actuación se desarrolle dentro de un espacio íntimo, y que solo asistan al mismo quienes lo practican.
3. No cabe provocar posturas ni situaciones que puedan considerarse humillantes, por no guardar una relación de causa a efecto con la finalidad pretendida por la intervención corporal.

El TC distingue entre intervenciones corporales que afectan directamente a la intimidad corporal y aquellas otras que por la parte del cuerpo sobre las que recaen o por los instrumentos utilizados no conllevan una agresión del mismo.

Se precisa igualmente cobertura legal, esto es, que exista una norma que ampare estas intervenciones corporales, encontrando los cacheos su amparo legal en los arts. 11 y 23 de la Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y en los arts. 18, 19 y 20 de la Ley de Seguridad Ciudadana.

Se ha considerado incluso por el TS que la expulsión de droga de la cavidad bucal es equivalente a un vulgar cacheo policial que no puede alcanzar la trascendencia de un registro anal o vaginal.

Cualquier actuación distinta a los cacheos superficiales sobre el cuerpo humano conlleva una intervención sobre el mismo de una cierta envergadura que afecta con mucha mayor intensidad al derecho a la integridad física, requiriendo autorización judicial.

Todo ello merece la calificación de actuaciones de Policía Judicial.

Todas estas diligencias hechas correctamente son legales y legítimas.

9. Esposamiento de menores

Se llevará a cabo en los casos en que sea necesario, como respuesta proporcional a la naturaleza del hecho cometido y a las circunstancias personales del menor, especialmente en los casos de delitos violentos, sexuales o terroristas cometidos por menores entre 16 y 18 años. Pienso que tal mecanismo de contención solo debe practicarse con menores cuando racionalmente se estime que pueda existir un riesgo para los funcionarios actuantes o para el propio menor, en atención a las circunstancias de cada caso.

10. Reseña policial de menores

La obtención de la reseña policial de menores se realizará por personal de Policía Científica y para los solos fines de identificación e investigación policial.

Estas reseñas quedarán contenidas en la aplicación específica de Policía Científica y estarán referidas a datos biográficos, impresiones dactilares y fotografía.

Para la obtención de dichas reseñas de menores infractores, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- a) No indicación en contrario por parte del Ministerio Fiscal.
- b) De manera ordinaria, para menores infractores entre 14 y 18 años, especialmente en el caso de menores entre 16 y 18 años, autores de delitos violentos, sexuales o terroristas.
- c) De manera excepcional, para los menores de 14 años, y solo a efectos meramente identificativos.
- d) Procedimiento especial y separado de la reseña de mayores.

A los efectos de determinación de la edad e identificación civil, y por expresa indicación de la Fiscalía competente, también se obtendrá la reseña en aquellos casos de personas indocumentadas cuya minoría de edad no esté acreditada.

La aplicación específica de Policía Científica contendrá la reseña tanto de los menores detenidos entre 14 y 18 años, como la practicada con ocasión de trámites de determinación de edad o de identificación de menores no acompañados e indocumentados, si bien, dada su distinta naturaleza y finalidad, las mantendrá separada y sin comunicación directa.

11. Dependencias y cuidados

El art. 17 establece que los menores deberán estar custodiados en dependencias adecuadas y separadas de las que se usen para adultos.

En cuanto al tiempo de la detención policial, este se acorta respecto a los mayores de edad de 72 a 24 horas, siendo la única excepción los casos de terrorismo.

La detención policial del menor puede concluir en la puesta en libertad de oficio por la propia Policía o en la puesta a disposición del fiscal. Aunque la Ley no da pautas al respecto, la regla general debe ser la puesta en libertad de oficio por la Policía y la excepción la puesta a disposición del fiscal en los casos de delitos graves o en los casos en los que la reiteración del menor en comportamientos delictivos pueda hacerla aconsejable.

Si es puesto en libertad deberá ser entregado a sus representantes legales y si no existen estos ni familiares que se hagan cargo del menor, habrá de ser trasladado a un centro de protección de acogida inmediata para que se adopten las medidas protectoras correspondientes.

Decir que si cuando se va a detener a una persona esta ya tiene 18 años aun cuando los hechos los cometiera con menos de 18 años, la competencia para su enjuiciamiento será del juzgado de menores pero la detención deberá hacerse conforme a las normas de la LECrim., esto es, las aplicables a los mayores de edad.

12. Habeas corpus

Si se insta, se debe notificar inmediatamente al fiscal.

En este ámbito pierde gran parte de su utilidad, siendo competente al efecto el juez de Instrucción del lugar en el que el menor esté privado de libertad, si constase, y, si no, el del lugar donde se produjo la detención y, en defecto de los anteriores, el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del menor detenido.

13. Traslados de menores

Se realizarán en la forma que menos perjudique al menor. En la medida de lo posible, los traslados se harán en vehículos sin distintivos y por policías no uniformados, si bien, en atención a las circunstancias del caso, teniendo en cuenta la disponibilidad de recursos existentes, también

podrá hacerse en vehículos con distintivos policiales y por personal uniformado, a criterio del responsable policial actuante. En ambos casos, los traslados se harán siempre de forma separada de los detenidos mayores de edad.

14. Incidencia de las Leyes Orgánicas 7 y 9/2000, de 22 de diciembre, en el ámbito de la jurisdicción de menores

La Ley Orgánica 7/2000 acentuó el efecto punitivo de las medidas al ocuparse del tratamiento de la delincuencia juvenil de naturaleza más grave. El círculo de delitos, cuyo enjuiciamiento se vio afectado por la regulación, no se restringió a los caracterizados por sus connotaciones terroristas sino que abarcó con carácter general a todos los delitos de gravedad especialmente cualificada, con independencia de su motivación, comprendiendo los delitos de homicidio doloso, asesinato, las formas más graves de agresión sexual y, en general, todo delito que tenga prevista en el Código Penal la aplicación de pena de prisión de duración igual o superior a los quince años, de acuerdo con el enunciado de la disposición adicional cuarta de la LORRPM.

La reforma se caracterizó por la prioridad que dio a la medida de internamiento en régimen cerrado, la notable extensión de su duración y la ampliación de los límites máximos de cumplimiento. Se prolongó también el tiempo de perseguibilidad de los delitos y la exigibilidad del cumplimiento de las medidas mediante la aplicación directa del CP en materia de prescripción.

De importancia resultó también la reforma orgánica y competencial que supuso la creación del juzgado central de Menores con el desplazamiento a su favor de la competencia objetiva para el enjuiciamiento de los delitos de naturaleza terrorista de los arts. 571 a 580 del CP y la asignación de competencia funcional a la Audiencia Nacional para la resolución de los recursos devolutivos que se interpusieran contra las decisiones de aquel.

La Ley Orgánica 9/2000, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, dedicó su Capítulo II a la adaptación de la LOPJ al texto reformado de la LORRPM con varias previsiones relativas a la especialización de la jurisdicción de menores, funciones del secretario judicial en las secciones de menores de las Fiscalías y competencia de las Audiencias Provinciales para resolver los recursos contra las decisiones de los jueces de Menores, entre otras materias.

Finalmente, decir que la LORRPM también fue modificada en noviembre del año 2003, permitiéndose ya el ejercicio de la acusación particular por parte de los ofendidos por el delito, sus padres, sus herederos o sus representantes legales, modificándose así el art. 25 de la Ley.

Se añadió igualmente una disposición adicional sexta a la misma, en la que se prevé que el Gobierno pueda proceder a impulsar medidas orientadas a sancionar con más firmeza y eficacia los hechos delictivos cometidos por personas que, aun siendo menores, revistan especial gravedad, tales como en casos de homicidio, asesinato o agresiones sexuales. A tal fin, se establecerá la posibilidad de prolongar el tiempo de internamiento, su cumplimiento en centros en los que se refuercen las medidas de seguridad impuestas y la posibilidad de su cumplimiento, a partir de la mayoría de edad, en centros penitenciarios.

15. Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores

Entró en vigor el 28 de febrero de 2005. Desarrolla parcialmente la LORRPM en lo relativo a tres materias concretas: la actuación de la Policía Judicial y del equipo técnico, la ejecución de las medidas cautelares y definitivas y el régimen disciplinario de los centros. Tiene 85 artículos y solo dos dedicados a la actuación de la Policía Judicial, los arts. 2 y 3.

La Policía Judicial que depende funcionalmente del Ministerio Fiscal y del juez de Menores, presta especial atención al modo de llevar a cabo la detención de un menor.

La Policía Judicial actúa en la investigación de hechos cometidos por menores que pudieran ser constitutivos de delito o falta, bajo la dirección del Ministerio Fiscal y sujetándose a lo que dispone la LORRPM y la LECrim.

Salvo la detención, toda diligencia policial restrictiva de derechos fundamentales deberá pedirse al fiscal para que este realice la solicitud correspondiente al magistrado de Menores.

Cuando se proceda a detener a un menor, se podrá proceder a tomar reseña de sus impresiones dactilares, así como fotografías de su rostro, que se remitirán, como parte del atestado policial, al fiscal para que este instruya el expediente, si procede.

El cacheo y aseguramiento físico de menores detenidos se llevará a cabo en los casos en los que sea estrictamente necesario y como medida proporcional de seguridad para el propio menor detenido y los funcionarios actuantes, cuando no sea posible otro medio de contención física del menor.

Los registros de menores a los que se refiere este Reglamento no podrán ser usados en procedimientos de adultos relativos a casos siguientes en los que esté implicada la misma persona.

Si la Policía Judicial investiga a una persona como presunta autora de una infracción penal de cuya minoría de edad se dude y no consten datos que permitan determinar su edad, se pondrá a disposición de la autoridad judicial de la jurisdicción ordinaria para que proceda a determinar la identidad y edad del presunto delincuente por las reglas de la LECrim. y una vez acreditada la edad, si esta fuera inferior a los 18 años, se procederá conforme a la LORRPM.

Para la práctica de la diligencia de reconocimiento en rueda, se usarán los medios menos dañinos para la integridad del menor, debiendo estar compuesta la rueda por otras personas, menores o no, conforme a los requisitos de la LECrim., siendo así que, si la rueda está compuesta por otros menores de edad, se debe contar con su autorización y con la de sus representantes legales o guardadores de hecho o de derecho, salvo el caso de mayores de 16 años no emancipados y de menores emancipados, en que será de aplicación lo dispuesto en el art. 2 de la LO 1/96 de Protección Jurídica del Menor, para las limitaciones a la declaración de voluntad de los menores.

16. Tratamiento jurídico de menores extranjeros inmigrantes no acompañados

Destacar sobre el particular la instrucción 6/2004 de 26 de noviembre de la fiscalía general del Estado, sobre tratamiento jurídico de menores extranjeros inmigrantes no acompañados.

En estos casos, a la nota de extranjería se yuxtapone la de la minoría de edad, debiendo ser ponderado uno y otro elemento a la hora de dar solución a los problemas interpretativos que puedan generarse.

A la hora de tomar medidas concernientes a menores se debe atender al interés superior del menor.

Esta instrucción sigue dejando en vigor cuanto disponían la Circular 3/2001 de 21 de diciembre de la Fiscalía General del Estado, relativa a la actuación del fiscal en materia de extranjería, así como la instrucción 2/2001 de 28 de junio, sobre la interpretación del actual art. 35 de la LO 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su Integración Social, en la redacción dada a dicha Ley por LO 8/2000.

Se puede establecer con carácter general la presunción *iuris tantum* de que es menor todo extranjero que no haya cumplido aún los 18 años de edad.

En tanto no pueda acreditarse fehacientemente la emancipación del extranjero menor de 18 años, conforme a su ley personal, habrá que reputarlo como menor a todos los efectos.

El citado art. 35 se aplicará a aquellos casos en los que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, localicen, por motivos diversos de la imputación de la comisión de una infracción penal, a un extranjero indocumentado cuya menor edad no pueda determinarse con seguridad.

Si se localiza a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, este hecho será puesto en conocimiento inmediato del fiscal, quien dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.

No se refiere el precepto al supuesto de extranjero indocumentado detenido por la comisión de un delito, pues en este caso lo procedente es ponerlo a disposición del juez de Instrucción, que es el único competente al efecto para ordenar la práctica de diligencias encaminadas a determinar su edad, al igual que si se tratara de ciudadanos españoles.

La conducción del extranjero al centro sanitario y la permanencia en el mismo, en tanto no haya sido determinada su edad, es una situación de privación de libertad análoga a la contemplada en el art. 20.2 de la Ley 1/92 de Protección de la Seguridad Ciudadana, siendo aplicables a esta situación las garantías del art. 17 de la Constitución, de manera que el indocumentado debe ser informado de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de las razones de su situación de privación de libertad y de sus derechos.

Esta situación no debe durar más del tiempo estrictamente necesario y no es precisa la asistencia de letrado.

Debe evitarse que el presunto menor sea trasladado automáticamente a un centro de internamiento de menores. Dicho traslado solo se efectuará

cuando el mismo precise de una atención inmediata que solo pueda ser proporcionada por este tipo de centros. En los demás casos, y tras poner el hecho en conocimiento del fiscal, el presunto menor permanecerá en dependencias policiales, debiendo ser los agentes policiales quienes le proporcionen la atención que necesite.

El fiscal deberá actuar con la mayor celeridad para que el presunto menor pase el menor tiempo posible en las dependencias policiales.

La puesta en conocimiento de la mencionada situación al fiscal no precisa de la presentación física del menor, ni de la presentación formal del atestado en la sede de la Fiscalía, pudiéndose hacer la comunicación al fiscal de Guardia por fax, teléfono..., todo ello sin perjuicio de enviar más adelante a la Fiscalía la documentación.

Las comunicaciones de la Fiscalía con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado podrán hacerse telefónicamente, sin perjuicio de remitir después el correspondiente oficio. No obstante, pueden plantearse problemas por parte del centro sanitario de negarse a hacer las pruebas sin tener un oficio en su poder, por lo que el fiscal de Guardia debe redactar el oficio oportuno que irá dirigido al director del centro sanitario, el cual debe ser entregado a los funcionarios policiales para que lo presenten en el centro sanitario.

Una vez realizadas las exploraciones y pruebas, su resultado debe comunicarse inmediatamente al fiscal, pudiendo hacerse por teléfono o fax, sin perjuicio de remitir después el informe médico a la Fiscalía.

Si las pruebas médicas realizadas al presunto menor no estuvieran debidamente informadas, serán solicitadas las mismas y puestas en conocimiento del forense de guardia para que, a la vista de ellas, realice un informe sobre la edad del sujeto.

Si resultara que el extranjero es menor, debe actuarse como si fuera un menor nacional poniéndole a disposición de los servicios competentes en materia de protección de menores. Si resultara ser mayor de edad, deberá ser el Grupo de Extranjeros del Cuerpo Nacional de Policía el que tome las decisiones oportunas.

17. LORRPM tras la reforma por la LO 8/2006 de 4 de diciembre

La reforma entró en vigor con fecha 5 de febrero de 2007.

Dicha reforma viene motivada por lo dispuesto en la disposición adicional sexta de la LORRPM que establece que el Gobierno impulsará las

medidas orientadas a sancionar con más firmeza y eficacia los hechos delictivos cometidos por personas que, aun siendo menores, revistan especial gravedad, tales como asesinato, homicidio, agresiones sexuales... A tal fin, se establecerá la posibilidad de prolongar el tiempo de internamiento, su cumplimiento en centros en los que se refuercen las medidas de seguridad impuestas y la posibilidad de su cumplimiento a partir de la mayoría de edad en centros penitenciarios.

Sus líneas básicas, son:

1. Sigue primando el superior interés del menor, pero compatibilizando el mismo con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido.
2. Se amplían los casos en los que pueden imponerse a los menores medidas de internamiento en régimen cerrado, añadiendo a los ya existentes los supuestos de comisión de delitos graves y de delitos que se cometan en grupo o cuando el menor perteneciera o actuara al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades delictivas.
3. Se adecua el tiempo de duración de las medidas a la entidad de los delitos y a las edades de los menores infractores, suprimiéndose definitivamente la posibilidad de aplicar la LORRPM a las personas comprendidas entre 18 y 21 años.
4. Se añade una nueva medida, consistente en la prohibición al menor infractor de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que el juez determine.
5. Se faculta al juez para poder acordar, previa audiencia del fiscal y de la entidad pública de protección o reforma de menores, que el menor que estuviese cumpliendo una medida de internamiento en régimen cerrado y alcanzase la edad de 18 años, pueda terminar de cumplir la medida en un centro penitenciario, cuando su conducta no responda a los objetivos propuestos en la sentencia.
6. Si la medida de internamiento en régimen cerrado se impone a un menor que ha cumplido la edad de 21 años o impuesta con anterioridad no ha finalizado su cumplimiento al alcanzar dicha edad, el juez ordenará su cumplimiento en un centro penitenciario, salvo que excepcionalmente proceda la sustitución o modificación de la medida.

7. Se incorpora como causa para adoptar una medida cautelar el riesgo de atentar contra bienes jurídicos de la víctima y se establece una nueva medida cautelar, consistente en el alejamiento de la víctima de su familia u otra persona que el juez determine.
8. Se amplía la duración de la medida cautelar de internamiento, que pasa de tres meses prorrogables por otros tres meses, a seis meses prorrogables por otros tres meses.
9. Se revisa el régimen de imposición, refundición y ejecución de las medidas, otorgándose al juez amplias facultades para individualizar la o las medidas que deba cumplir el menor infractor.
10. Se refuerza la atención y reconocimiento de los derechos de las víctimas y de los perjudicados, entre los que se encuentra el derecho a ser informados en todo momento, se hayan o no personado en el procedimiento, de aquellas resoluciones que afecten a sus intereses.
11. Igualmente, y en beneficio de las víctimas y perjudicados, se establece el enjuiciamiento conjunto de las pretensiones penales y civiles.
12. Se recogen nuevas funciones del secretario judicial.
13. Finalmente, se incluye una modificación de los arts. 448 y 707 de la LECrim., a los que se añade un nuevo párrafo a fin de dotar de mayor protección a los menores víctimas de determinados delitos, preveyéndose que cuando se trate de testigos menores de edad víctimas de delitos contra la libertad e indemnidad sexual, el juez necesariamente debe acordar que se evite la confrontación visual del mismo con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de las distintas pruebas (declaraciones, interrogatorios...).

18. Tratamiento policial del menor víctima y testigo

Cuando la víctima o testigo de una infracción penal sea menor de edad, el tratamiento se adecuará en función de la edad y circunstancias personales, así como a la naturaleza de los hechos que originan la intervención, procurando que reciban de inmediato los cuidados, protección y asistencia social, psicológica, médica y física que requieran.

Deberá notificarse inmediatamente el hecho ocurrido y el lugar donde se encuentren a los padres, tutores o guardadores del menor, salvo que las circunstancias aconsejen lo contrario.

En cuanto a la toma de declaración de un menor que ha sido víctima o testigo de un hecho criminal, decir que el menor no podrá ser obligado a declarar. Si no desea declarar se hará constar en las diligencias. Cuando voluntariamente acceda a declarar lo hará en presencia de sus padres, tutores o guardadores.

Se evitará en la medida de lo posible la confrontación visual de víctimas o testigos menores con el inculpado, especialmente cuando se trate de delitos violentos, de carácter sexual o en casos de acoso escolar.

Cuando se realicen o tramiten atestados en los que existan indicios de malos tratos o abusos a menores, se remitirá con carácter de urgencia una copia a la Fiscalía, indicando de forma clara y específica que en el atestado figura un menor como posible víctima de malos tratos o abusos.

19. Menores no infractores penales

La actuación policial con menores se ajustará a las leyes y disposiciones aplicables en cada caso, en especial a la Ley Orgánica 1/1992 sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

En los casos de comisión de infracciones a la normativa sobre Protección de la Seguridad Ciudadana por parte de menores, se participarán, lo antes posible, los hechos y circunstancias ocurridos, a sus padres tutores o guardadores y se cursará la denuncia oportuna ante la autoridad competente.

En actuaciones policiales realizadas para mantener y restablecer la seguridad ciudadana, se tendrá en cuenta que los menores afectados reciban un trato acorde con la protección del superior interés del menor, sin perjuicio del interés público general.

20. Actuación policial en los entornos escolares

Se prestará una especial atención a las cuestiones relacionadas con la seguridad de menores en la escuela y en su entorno, fortaleciendo la cooperación policial con los responsables de la comunidad educativa.

En las labores de vigilancia policial en las inmediaciones de los centros escolares se prestará singular atención a aquellas cuestiones de seguridad

ciudadana que más afectan a los menores, como acoso escolar, bandas juveniles violentas, acceso a drogas y alcohol, vandalismo, xenofobia o racismo. Al respecto, debe tenerse en cuenta la instrucción de la secretaría de Estado de Seguridad n.º 23/2005, sobre «implantación y desarrollo del plan de actuación y coordinación policial contra grupos organizados y violentos de carácter juvenil», así como las instrucciones 24/2005 y 25/2005, sobre la «respuesta policial contra el tráfico minorista y consumo de drogas en colegios y zonas de ocio».

21. Menores desaparecidos

La recepción de una denuncia por desaparición de un menor y la práctica de las primeras gestiones se efectuarán inmediatamente después del conocimiento de los hechos.

Con posterioridad a las primeras diligencias, se procederá a cumplimentar en todos sus apartados un señalamiento de interés policial por persona desaparecida, de acuerdo con el art. 97 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, instando a que la orden de búsqueda se encuentre en vigor en los ámbitos territoriales nacional y Schengen.

Igual tratamiento policial tendrán los menores fugados de un centro de acogida, custodia o tutelar de menores o si quebrantaran una medida de internamiento en un centro de reforma.

Si se localiza al menor, se dispondrán las medidas de protección necesarias para preservar su integridad y, además, se notificará el hallazgo a la autoridad reclamante y, en su caso, al fiscal, recabando la información necesaria sobre las medidas de protección o cuidado que requiere el menor y será entregado el menor, a la mayor brevedad, a la persona o entidad encargada de su guarda o custodia o, en su defecto, a quien indique la Fiscalía de Menores.

22. Quebrantamiento de condena. Actuaciones policiales

La LORRPM distingue entre que la medida quebrantada sea o no privativa de libertad.

Si el menor quebranta una medida privativa de libertad, se debe proceder al reingreso del menor en el mismo centro del que se haya evadido o en otro adecuado a sus condiciones. En caso de que la medida quebrantada fuera la de permanencia de fin de semana en su domicilio,

se procederá a su reingreso a dicho domicilio a fin de que cumpla de manera ininterrumpida el tiempo pendiente.

Si el menor quebranta una medida no privativa de libertad, el fiscal puede instar del juez de Menores la sustitución de la misma por otra de la misma naturaleza.

De modo excepcional, y siempre a propuesta del fiscal, y oídos el letrado y representante legal del menor, así como el equipo técnico, el juez de Menores podrá sustituir la medida por otra de internamiento en centro semiabierto por el tiempo que le reste para el cumplimiento total de la medida.

En todos los casos de quebrantamiento de medida, se acordará que se remita al fiscal testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento de la medida, por si el hecho fuera constitutivo de alguna de las infracciones a las que se refiere el art. 1 de la LORRPM y merecedora de reproche sancionador.

El art. 14 del Reglamento de la LORRPM, aprobado por R.D 1774/2004 de 30 de julio, que entró en vigor en febrero de 2005, establece que la entidad pública comunicará al juez de Menores y al fiscal, a los efectos de lo dispuesto en el art. 50 de la LORRPM, los incumplimientos siguientes de los que tenga constancia:

En las medidas de internamiento y de permanencia de fin de semana en un centro: la fuga del centro, el no retorno en la fecha o la hora indicadas después de una salida autorizada y la no presentación en el centro el día o la hora señalados para el cumplimiento de las permanencias establecidas.

En la medida de permanencia de fin de semana en domicilio: la no presentación en su domicilio y la ausencia no autorizada del domicilio durante los días y horas establecidos de permanencia, así como el no retorno a este para continuar el cumplimiento de la medida después de una salida autorizada.

En las medidas no privativas de libertad, la falta de presentación a las entrevistas a las que el menor haya sido citado para elaborar el programa de ejecución y el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que conforman el contenido de cada medida judicial impuesta.

Además, la entidad pública comunicará a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad el incumplimiento de las medidas de internamiento y de permanencia de fin de semana en un centro, así como el de las medidas de permanencia de fin de semana en el domicilio.

Igualmente, se pondrá en conocimiento de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad el ingreso del menor en el centro cuando se hubiera solicitado su búsqueda.

Tal y como dispone el art. 35 del Reglamento citado, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad llevarán a cabo los desplazamientos, conducciones y traslados del menor cuando exista riesgo fundado para la vida o la integridad física de las personas o para los bienes, debiendo respetarse en los desplazamientos, conducciones y traslados, la dignidad, la seguridad y la intimidad de los menores.

EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL EN TORNO A LA PENSIÓN COMPENSATORIA

Francisca Juárez Vasallo
Magistrada suplente de la Audiencia Provincial de Ávila

1. Introducción

Desde su implantación en el Código Civil, tras la reforma operada por la Ley 30/81, de 7 de julio, el art. 97 del C.C. apenas ha sufrido variaciones, excepto la última redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, en que la pensión pasa a denominarse «compensación», y se precisa que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o la sentencia.

Sin embargo, a la par que ha evolucionado la sociedad desde 1981, la ley y la doctrina han ido perfilando y matizando el concepto de pensión compensatoria hasta acuñar una institución adaptada a los tiempos en que es aplicable.

Con toda lógica, como hija de su tiempo, la pensión compensatoria nació para atender las necesidades del cónyuge (generalmente la mujer) que, tras muchos años de matrimonio en los que había estado dedicada íntegramente al cuidado de la familia y los hijos, se enfrentaba a una nueva etapa en su vida, tras la separación o divorcio, en la que apenas tenía opciones de incorporarse al mercado laboral a causa de factores diversos, tales como una avanzada edad, falta de cualificación profesional o incluso mermas de salud, entre otros.

El matrimonio, en las últimas décadas, ha sufrido cambios drásticos; no es posible desconocer que la incorporación masiva de la mujer al

mundo universitario y laboral ha cambiado la configuración tradicional del vínculo matrimonial, con el consiguiente aumento en la edad en que se contrae, del retraso en la edad en que se tienen los hijos, siendo frecuente que ambos cónyuges trabajen y ambos colaboren en el cuidado de los hijos. También ha aumentado gradualmente el número de separaciones y divorcios. Del mismo modo han ido aumentando las parejas de hecho, los matrimonios de separados con hijos de anteriores parejas, los matrimonios de homosexuales, las familias de *singles* con hijos, etc. Los cambios sociales en estos últimos treinta años en nuestro país, vertiginosos en materia de familia, no han pasado desapercibidos para la ley y para los tribunales, que se han adaptado a estos con la presteza que cabía esperar.

2. La doctrina del Tribunal Supremo desde 1981 hasta la actualidad

El Tribunal Supremo no ha sido ajeno a las nuevas necesidades. En la década de los 80 y los 90 no se llegó a elaborar una doctrina precisa en torno a la institución salvo para negar la posibilidad de acordarla de oficio, STS 2/12/87 (RJ 1987/9174):

La ley no autoriza al juez a que señale tal pensión de oficio y, en cambio, las partes pueden incluirla en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento, demostrando la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el art. 97 del Código Civil (desequilibrio en relación con la posición del otro, empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio;

razón por la que, sigue diciendo

Es claro que no nos encontramos ante norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer, con la consecuencia de que la renuncia a la pensión hecha por ambos cónyuges de común acuerdo en convenio regulador o la ausencia de petición expresa por la parte interesada en su demanda de separación o divorcio, impiden su estimación por el tribunal.

No fue hasta la STS de 19 de enero de 2010, de Pleno, que se fijó una clara doctrina jurisprudencial en torno a la interpretación del art. 97 del Código Civil. En esta, fijando criterios anteriores tales como: a) la pensión no es un mecanismo indemnizatorio (10-3 y 17-7-09), y b) la pensión compensatoria no constituye un mecanismo equilibrador de patrimonios de los cónyuges (SSTS de 10 febrero 2005, 5 noviembre 2008 y 10 marzo 2009), se estableció:

La pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que

tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función: a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones: a) si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria; b) cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia, y c) si la pensión debe ser definitiva o temporal.

Esta doctrina, reiterada en sentencias posteriores, como la STS de 4/11/2010, 14/2/2011, 22/06/2011 y 19/10/2011, va enriqueciéndose con nuevos matices, aportados en sentencias posteriores, que a continuación comentaremos.

Las notas que han ido perfilando, poco a poco, lo ya establecido en la mencionada STS de 19/01/2010, se contienen en sentencias como las referidas SSTs de 22/06/2011 (RC 1940/2008) y 19/10/2011 (RC 1005/2009), que resumen la doctrina de la Sala sobre la naturaleza de la pensión compensatoria, en particular, respecto del concepto de desequilibrio y del momento en que este debe producirse. Según se afirma, por desequilibrio ha de entenderse un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. Al constituir finalidad legítima de la norma legal colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, es razonable entender, de una parte, que el desequilibrio que debe compensarse ha de tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, y, de otra, que dicho desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio, y no basarse en sucesos posteriores que no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial. De ahí que la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2011 declare, en un supuesto en el que se atribuyó «una especie de pensión compensatoria condicionada al

caso de pérdida de un trabajo en un momento posterior al divorcio», que la hipotética pérdida de empleo, en cuanto circunstancia no existente al tiempo de la ruptura, que sobrevino después, aun en caso de ocurrir «no podría considerarse una causa de desequilibrio».

Otros matices se añaden en sentencias del TS como la de 27/06/2011, con cita de otra anterior de 10/03/2009, que propugna que el hecho de que la esposa/o cuente con un importante patrimonio tras la liquidación de la sociedad de gananciales no es óbice para la fijación de una pensión compensatoria:

Habiendo descartado también la Sala que el hecho de que la esposa fuera adjudicataria de bienes como resultado de liquidarse la sociedad de gananciales implique un incremento de su fortuna con relación a la que fue tomada en consideración, reveladora de la posibilidad de superar el desequilibrio que justificó la pensión, pues la liquidación sólo provoca la concreción del haber ganancial, es decir, que la esposa viera concretado en bienes y derechos determinados el haber ganancial que ya le correspondía vigente el matrimonio, siendo así que su fortuna no varía ni dicha liquidación afecta a la situación de desequilibrio, cuando ésta tiene que ver con circunstancias como la dedicación a la familia y la pérdida de expectativas laborales o profesionales ajenas a que la esposa se encuentre con bienes o medios suficientes para subsistir a raíz de dicha liquidación.

O que sea indiferente, a la hora de fijar o no una pensión compensatoria, el hecho de que ambos cónyuges sean independientes económicamente, como señala la sentencia del TS de 17 de julio de 2009 (RJ 2009/6474):

Solo dejará de nacer el derecho a la pensión cuando se produzca una situación equilibrada, lo que no significa igual, ya que pueden trabajar ambos y producirse un desequilibrio cuando los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares, ya que no es que porque ambos trabajen ha dejado de producirse desequilibrio, sino que el art. 97 CC utiliza un criterio diferente al de la pura existencia de ingresos económicos para la atribución del derecho a la pensión.

Sin embargo, la STS de 15 de junio de 2011 (RJ 2011/4634) señala que la pasividad, el interés insuficiente demostrado por un cónyuge con su conducta en orden a la obtención de un empleo que le permitiera alcanzar una situación de independencia económica resulta determinante a la hora de apreciar la situación objetiva de superación del desequilibrio o de estar en disposición de hacerlo, dado que no resulta jurídicamente aceptable repercutir en el esposo pagador de la pensión las consecuencias negativas derivadas de la falta de acceso a un empleo por la pasividad de la esposa en su búsqueda y obtención.

Las sentencias del TS de 23/01/2012 o de 4/12/2012, en línea con las anteriores de fecha 22/6/2011 y 19/10/2011, señalan, a su vez, un nuevo matiz, al establecer que «la finalidad de la pensión compensatoria no es perpetuar, a costa de uno de sus miembros, el nivel económico que venía disfrutando la pareja», sino reequilibrar la situación dispar resultante de aquella:

[...] para este fin, es razonable entender que el desequilibrio que debe compensarse debe tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, de manera que carece de interés a tal efecto el desequilibrio cuyo origen no se encuentra en esa mayor dedicación a la familia y a los hijos, inversamente proporcional a la disponibilidad para estudiar y desarrollar una actividad profesional, sino en la diferente aptitud, formación o cualificación profesional de cada uno de los miembros de la pareja al margen de aquella.

Por último, las muy recientes sentencias del TS de fecha 25-11-2011, 4/12/2012 y 17/05/2013 abundan en la línea marcada por las anteriores, reiterando dos notas fundamentales:

1.– La simple desigualdad económica, cuando no es consecuencia de mayor dedicación a la familia de uno de los esposos, no determina un automático derecho de compensación por vía del art. 97 CC.

2.– El principio de dignidad contenido en el art. 10 de la CE debe servir de argumento para justificar la independencia económica de los cónyuges, una vez extinguido el matrimonio, a salvo los casos previstos en el art. 97 CC.

Finalmente, otro tema controvertido, resuelto de forma no unívoca por la jurisprudencia menor, atañe a la validez de la renuncia al percibo de la pensión hecha en virtud de pacto prematrimonial, barajándose posturas que lo apoyan con base en la doctrina que marca la naturaleza dispositiva del Derecho, que puede ser renunciado por las partes (STS 2/12/1987), en la validez de la renuncia a derechos futuros (art. 1271 del CC) o invocando la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos (válida al no contrariar el interés público o a terceros), prevista en el art. 6.2 del CC. Otras Audiencias son partidarias de no excluir un control judicial posterior tendente a evitar que uno de los cónyuges quede en situación gravemente perjudicial. No tenemos conocimiento de que el TS se haya pronunciado en ese sentido. Aunque sí lo ha hecho en torno a la validez de la renuncia hecha en Convenio Regulador post-matrimonial. La sentencia del TS de fecha 8/02/2003 señala que el acuerdo para su no pago contenido en convenio regulador, es un pacto lícito, enmarcado en la libre voluntad de los otorgantes y los vincula conforme a los arts. 1254, 1255 y 1258 del Código Civil.

3. La pensión compensatoria y las uniones de hecho

Desde la ya lejana sentencia del TS de 27 de mayo de 1994, (con cita de otras anteriores de fecha 11/12/1992, 21/10/1992 y 18/02/1993), que descartaba utilizar por analogía la legislación matrimonial a las uniones de hecho, y por tanto el art. 97 del CC, para resolver el problema de la desigualdad económica tras la ruptura, y se acogían soluciones indemnizatorias de comunidad de bienes, sociedades irregulares, y la doctrina del enriquecimiento injusto sin causa, hasta las sentencias del TS de 27/03/2001(RJ 2001/4770), 17/1/2003 (RJ 2003/4) o 23/11/2004 (RJ 2004/7385) en las que se trataba de evitar un perjuicio injusto y proteger al perjudicado, se han sucedido sentencias con soluciones diversas. Hubo otras, tal como las sentencias del TS de 5/7/2001 (RJ 2001/4993) y 16/7/2002 (RJ 2002/6246) en que se aplicaba por analogía el art. 97 CC con la siguiente argumentación:

Pues bien, ante tal anomia, ha de acudir a la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico, a través de la aplicación analógica del Derecho y precisamente en estos casos de uniones de hecho *more uxorio* encuentra su semejanza en su disolución y final por la voluntad unilateral de una de las partes, con algunos efectos recogidos para las sentencias de separación o divorcio por el Código Civil y así su art. 97 atribuye al cónyuge, al que tal contingencia produzca un desequilibrio económico con relación al otro y que implique un empeoramiento con relación a su situación anterior al matrimonio, el derecho a una pensión, pudiendo convenir en cualquier momento la sustitución de la misma por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero (art. 99). De no ser así, ello conduciría inexorablemente a que los españoles no pertenecieran a alguna autonomía que haya legislado en este punto, hayan de utilizar el argumento del enriquecimiento injusto o sin causa, que ha sido denostado por un importante sector de la doctrina civilista, pudiendo utilizar la analogía en situaciones de verdadera semejanza, en el sentido del art. 4.1 del Código Civil, entre el caso enjuiciado carente de normativa específica y de la semejanza de situación con el cese de la convivencia matrimonial por separación o divorcio, por lo que estima este Tribunal que tal es la normativa de aplicación por identidad de razón. Por ello y con aplicación de la doctrina recogida en las sentencias de esta Sala de 16 de diciembre de 1996 y la tantas veces citada de 27 de marzo de 2001, hay que concluir señalando que el precepto de aplicación es el art. 97 del Código Civil, a través de la analogía. La semejanza de la situación matrimonial rota por divorcio o separación que permite al cónyuge al que se le ocasione un desequilibrio económico con la posición del otro, con la situación de *more uxorio* de larga duración, rota unilateralmente cuando se origina tal desequilibrio es de destacar cuando se vea disuelta unilateralmente la afectividad y convivencia por la voluntad del otro y ello le origine un desequilibrio, como en el caso del recurso.

El hito más notable en la doctrina lo marca la sentencia del TS de 12 de septiembre de 2005, de Pleno, (RJ 2005/7148) que habla de la

imposibilidad de aplicar por analogía la legislación matrimonial pero se acude a la aplicación analógica del derecho resarcitorio:

Debe huirse de la aplicación por analogía legis de normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio. Ahora bien, todo lo anterior, no debe excluirse cuando proceda la aplicación del derecho resarcitorio, para los casos en que pueda darse un desequilibrio no querido ni buscado, en los supuestos de una disolución de una unión de hecho.

En línea con la mencionada sentencia del TS de 12/09/2005 se sitúan las últimas sentencias del TS de 19/10/2006 (RJ 2006/8976), 22/02/2006 (RJ 2006/831), 8/05/2008 (RJ 2008/2833), 8/05/2008 (RJ 2008/3345) y 30/10/2008 (RJ 2009/404), que, con base en que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias, descartan la posibilidad de aplicación analógica del art. 97 CC a la ruptura de estas, decantándose por la aplicación del enriquecimiento injusto:

Es, pues, esa diferencia entre la unión de hecho y el matrimonio, y la voluntad de eludir las consecuencias derivadas del vínculo matrimonial que se encuentra ínsita en la convivencia *more uxorio*, la que explica el rechazo que desde la jurisprudencia se proclama de la aplicación por analogía legis de las normas propias del matrimonio, entre las que se encuentran las relativas al régimen económico matrimonial; lo que no empece a que puedan éstas, y, en general, las reguladoras de la disolución de comunidades de bienes o de patrimonios comunes, ser aplicadas, bien por pacto expreso, bien por la vía de la analogía iuris [...].

Se proclama en todas ellas que:

Las consecuencias económicas del mismo deben ser reguladas en primer lugar por Ley específica; en ausencia de la misma se regirán por el pacto establecido por sus miembros, y, a falta de ello, en último lugar por aplicación de la técnica del enriquecimiento injusto.

En conclusión, se puede decir el criterio jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de compensación económica no pactada en la ruptura de las parejas de hecho, ha evolucionado desde la aplicación de técnicas de disolución de la sociedad civil irregular o comunidad de bienes, seguida por la de protección del conviviente más perjudicado por la situación de hecho, por la de la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, más tarde la de la aplicación analógica del

artículo 97 del Código Civil, y por último, como la más actualmente aceptada, por la técnica del enriquecimiento injusto.

4. La temporalidad

No podemos pasar por alto la fundamental doctrina sentada por el Tribunal Supremo, en fecha 10 de febrero de 2005, en relación a la controvertida cuestión de si era posible limitar temporalmente la pensión compensatoria, pues no pocas Audiencias Provinciales se negaban a ello basándose en la falta de previsión expresa del art. 97 del CC. Señalaba la referida sentencia que la problemática en torno a este tema era consecuencia de los avatares que ha sufrido la institución tras los diversos cambios sociales, que han dado lugar a un importante cambio de opinión en la doctrina científica y la práctica forense, y una notoria evolución de la jurisprudencia de las Audiencias, que, si bien en un principio se mantuvieron fieles a la opinión claramente dominante de que la pensión debía ser vitalicia, sin embargo, singularmente, a partir de los años 90, comenzaron a mostrarse favorables a la temporalización –unas veces, en circunstancias excepcionales; y otras, con mayor flexibilidad–, hasta el punto de que en la actualidad tal corriente favorable es claramente mayoritaria.

Como decíamos, la sentencia del TS de 10/02/2005 (ROJ 773/2005) zanjó la cuestión, señalando que:

La ley –que de ningún modo cabe tergiversar– no prohíbe la temporalización, se adecúa a la realidad social y puede cumplir la función reequilibradora, siempre que se den determinadas circunstancias. Ergo, debe admitirse su posibilidad, aunque es preciso hacer referencia a las pautas generales que permiten su aplicación [...].

Finalizando así:

Ahora este Tribunal se pronuncia por primera vez y sienta como doctrina jurisprudencial la posibilidad de establecer una duración limitada para la pensión compensatoria del art. 97 CC, siempre que cumpla la función reequilibradora por concurrir presupuestos conocidos que acrediten una base real para dicha limitación temporal.

La citada sentencia definía, de paso, los datos a valorar previamente a adoptar la decisión de limitar temporalmente la pensión:

Es preciso que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión. Se trata de apreciar la posibilidad de desenvolverse autónomamente. Y se requiere que sea posible la previsión «ex ante» de las condiciones o circunstancias que delimitan la temporalidad; una previsión, en definitiva, con certidumbre o potencialidad real

determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se ha denominado «futurismo o adivinación». El plazo estará en consonancia con la previsión de superación de desequilibrio, para lo que habrá de actuarse con prudencia y ponderación –como en realidad en todas las apreciaciones a realizar–, sin perjuicio de aplicar, cuando sea oportuno por las circunstancias concurrentes, plazos flexibles o generosos, o adoptar las medidas o cautelas que eviten la total desprotección.

La posibilidad de establecer la pensión compensatoria con carácter temporal con arreglo a las circunstancias es, en la actualidad, una cuestión pacífica, tanto a la luz de las muchas resoluciones del TS (entre las más recientes, sentencia del TS de 17 de octubre de 2008 (RC núm. 531/2005 y RC núm. 2650/2003), 21 de noviembre de 2008 (RC núm. 411/2004), 29 de septiembre de 2009 (RC núm. 1722/2007), 28 de abril de 2010 (RC núm. 707/2006), 29 de septiembre de 2010 (RC núm. 1722/2007), 4 de noviembre de 2010 (RC núm. 514/2007), 14 de febrero de 2011 (RC núm. 523/2008), 27 de junio de 2011 (RC núm. 599/2009), 5 de septiembre 2011 –Pleno– (RC núm. 1755/2008 y 10 de enero de 2012 (RC núm. 802/2009) que reiteran la doctrina favorable a la temporalidad fijada por las sentencias de 10 de febrero y 28 de abril de 2005, como por haberse manifestado también posteriormente en el mismo sentido positivo el legislador mediante la Ley 15/2005, de 8 de julio, que ha dado una nueva redacción al artículo 97 CC, estableciendo que la compensación podrá consistir en una pensión temporal, o por tiempo indefinido, o en una prestación única.

Establecida por ley la posibilidad de fijar una pensión temporal, surgen otros problemas como el atinente a si puede señalarse una duración temporal de la pensión aunque las partes no lo hayan solicitado o si puede fijarse una limitación distinta a la propuesta o modificarse la cuantía planteada por las partes. Una reciente sentencia del TS de 20/12/2012 establece que:

No es cierto que los principios de congruencia y de rogación sujeten al juzgador de tal modo que [...] no le quede otra alternativa que aceptar, total o parcialmente, el planteamiento de la demanda o rechazarlo, sin que pueda tener en cuenta esta modificación a partir de la acreditación de una ligera o simple variación de las circunstancias bien para modificar la medida, bien para transformar en temporal una pensión acordada en principio como vitalicia, pues ambas situaciones se encuentran en el supuesto de hecho contemplado en el artículo 100 CC. Mal se puede por ello alegar incongruencia cuando se trata de aspectos propios de la medida que se adopta, que en ningún caso da lugar a indefensión.

Señala también que:

Las condiciones que llevaron al nacimiento del derecho a la pensión compensatoria pueden cambiar a lo largo del tiempo. Constituye doctrina jurisprudencial que

el reconocimiento del derecho, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los artículos 100 y 101 CC si concurren en el caso enjuiciado los supuestos de hecho previstos en dichas normas –alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores (artículo 100 CC) o la convivencia del perceptor con una nueva pareja o el cese de las causas que determinaron el reconocimiento del derecho (artículo 101 CC). Cuando ello ocurra, el obligado al pago de la pensión podrá pedir que se modifique esta medida, pero para ello deberá probar que las causas que dieron lugar a su nacimiento han dejado de existir, total o parcialmente (STS 27 de octubre 2011). Es el cambio de circunstancias determinantes del desequilibrio que motivaron su reconocimiento, el mismo que también puede convertir una pensión vitalicia en temporal, tanto porque lo autoriza el artículo 100 del CC, como porque la normativa legal no configura, con carácter necesario, la pensión como un derecho de duración indefinida –vitalicio– [...].

Otra cuestión que se ha planteado a menudo, con diversas respuestas por parte de las Audiencias Provinciales, ha sido la que atañe a los casos en que ha transcurrido mucho tiempo desde la concesión de una pensión compensatoria y el cónyuge a cuyo cargo está plantea su extinción o sometimiento a plazo temporal. Algunas Audiencias planteaban que, tras prolongado tiempo, no puede racionalmente sostenerse que persiste el desequilibrio so pena de convertir la pensión en una carga insostenible que el legislador no concibe con cargo al matrimonio. La cuestión ha sido zanjada por el Tribunal Supremo, que en la STS de fecha 27/10/2011 ha sentado doctrina afirmando que el simple transcurso del tiempo no constituye causa de extinción de la pensión salvo que se haya pactado a plazo o bien se haya impuesto judicialmente de forma temporal.

También es pacífica la doctrina (sentencias del TS de 9 y 17 de octubre de 2008 (RC núm. 516/2005 y RC núm. 531/2005), mencionadas por las más recientes de 28 de abril de 2010 (RC núm. 707/2006) y 4 de noviembre de 2010 (RC núm. 514/2007) y 23/10/2012), que señala que las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, ya sea en el sentido de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, deben ser respetadas en casación siempre que aquellas sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su temporalidad, siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia.

Puesto que, como se comentó anteriormente (sentencia del TS 15/06/2011), la pasividad a la hora de intentar recuperar el equilibrio perdido (apreciado al no intentar la esposa acceder a un empleo) puede ser causa de la desaparición de la pensión compensatoria, es preciso mencionar la tendencia de algunos tribunales de fijar plazos para revisar si se ha superado el desequilibrio, esto es, plazos para revisar la temporalidad de la pensión. Así, merece la pena mencionar la precursora sentencia de la AP Córdoba, Sec. 2.^a, de 18 de diciembre de 2003, que fijó una pensión compensatoria a favor de la esposa, fijándose un plazo de cinco años, no para su extinción automática, sino para que puedan revisarse todas las circunstancias que motivaron la fijación de la pensión, y en particular el interés y empeño de la esposa en la búsqueda y obtención de trabajo. En mi opinión, tal decisión puede considerarse excesivamente protectora pues, de conformidad al principio dispositivo que rige en la materia y a lo postulado en los arts. 90 *in fine* y 100 del CC, deberían ser los cónyuges quienes deberían impetrar tal revisión y solo tras la alegación de una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en consideración.

5. Novedad procesal en torno a la pensión compensatoria: la no necesidad de reconvención

Se venía entendiendo, por aplicación del art. 406.3 y 770.2 de la LEC, que la petición de pensión compensatoria, al ser medida sometida al principio dispositivo de las partes, si se solicitaba por el demandado debía hacerse vía demanda reconvencional donde se solicitara de forma expresa y separada del escrito de contestación de dicha medida. Algunas Audiencias Provinciales, empero, ya habían establecido que no sería necesaria demanda reconvencional si el actor ya había introducido en el debate dicha medida, aunque solo fuera pidiendo que no se concediera al demandado; así las sentencias de la AP de Madrid de 20/11/2007 y 28/05/2007 y AP de Alicante de 4/4/2007.

Otras Audiencias entendían que, si la petición del demandado en el escrito de contestación lo era de forma implícita, esto es, solicitando únicamente la desestimación de las pretensiones del actor, se debía entender que no hay petición de pensión compensatoria, así las sentencias de la AP de Madrid de 2/12/2009, AP de Huelva de 22/09/2008, AP de Cáceres de 11/07/2007 y AP de Sevilla de 25/06/2007.

La novedad procesal que anunciábamos la introdujo la sentencia del TS de 4/12/2012 al establecer como doctrina que no es necesario reconvénir

si la parte demandante solicita expresamente que se deniegue la pensión compensatoria, y la parte demandada, sin formular reconvencción, solicita en la contestación a la demanda que se conceda dicha medida. Sostiene el Alto Tribunal que, cuando la parte demandante solicita que no se fije esa medida, introduciendo de manera clara y expresa su discusión en el debate, debe considerarse que se cumplen los requisitos de formalidad suficientes para considerar ampliado el objeto del proceso no solo a la posibilidad de denegar la medida, sino también, como reverso lógico, a la posibilidad de concederla.

En efecto, la doctrina del TS señala cómo ha de entenderse que cuando la LEC, en su art. 770, regla 2.^a, exige reconvencción expresa lo hace con el fin de someter a un régimen formal la ampliación o integración del objeto del proceso, de forma suficiente para garantizar la seguridad jurídico-procesal. En el supuesto en que la parte demandante se opone al reconocimiento de la pensión compensatoria, introduciendo el debate sobre su procedencia, debe admitirse que con ello integra en el objeto del proceso la pretensión relativa a la pensión por desequilibrio económico. Es por ello que la omisión de reconvencción expresa no permite apreciar la existencia de incumplimiento de un requisito formal ni apreciar indefensión.

Tras la doctrina expuesta, ha de entenderse que existen dos posibilidades:

- 1.^a Si el actor señala en su demanda la improcedencia de reconocer una pensión compensatoria al demandado, cabe que este la solicite, en trámite de contestación y sin necesidad de reconvencción, puesto que ya está introducida en el debate jurídico.
- 2.^a Si el actor no menciona en su demanda nada relacionado con la pensión compensatoria, la parte demandada que pretenda que le sea reconocida esta, debe solicitarlo mediante reconvencción, teniéndose por no hecha la realizada en la contestación a la demanda.

Cuestión distinta es la consideración, en este último caso, de si es un defecto subsanable o no, concediéndose por el juez plazo para su formulación en escrito aparte.

En definitiva, y recapitulando, permítaseme ofrecer en unas breves líneas la actual orientación del Tribunal Supremo en los aspectos tratados de la pensión compensatoria:

- 1.^o Para apreciar si hay derecho a ella: La simple desigualdad económica cuando no es consecuencia de mayor dedicación a la familia

de uno de los esposos no determina un automático derecho de compensación por vía del art. 97 CC.

- 2.º El artículo 97 del Código Civil, en sentido estricto, no resulta de aplicación analógica en el ámbito de las uniones de hecho.
- 3.º La temporalidad no es imperativa; su admisión exige que con ello no se resienta la función reequilibradora, lo que obliga al órgano judicial a atender a las específicas circunstancias del caso, particularmente aquellas que permitan valorar la idoneidad o aptitud del otro cónyuge para desenvolverse autónomamente y subvenir a sus propias necesidades. El simple transcurso del tiempo no constituye causa de extinción de la pensión.
- 4.º No es necesario reconvenir si la parte demandante solicita expresamente que se deniegue la pensión compensatoria, y la parte demandada, sin formular reconvencción, solicita en la contestación a la demanda que se conceda dicha medida.

**LOS TÍTULOS Y DIGNIDADES DINÁSTICAS
DE LA FAMILIA REAL ESPAÑOLA:
ALGUNAS CONSIDERACIONES
DE DERECHO HISTÓRICO Y DERECHO POSITIVO**

Félix Martínez Llorente
*Profesor Titular de Historia del Derecho
Universidad de Valladolid*

El artículo 57.5 de la Constitución Española de 1978 establece que «las abdicaciones y renunciaciones y cualquier duda de hecho o de derecho que ocurra en el orden de sucesión a la Corona se resolverán por una Ley Orgánica».

Dicha remisión legal constituye la más directa y clara alusión recogida en la suprema norma del Estado relativa a la cada vez más imperiosa necesidad de elaborar y promulgar, con rango de Ley Orgánica, un «Estatuto de la Corona» o, más bien, un «Estatuto de la Familia Real» en el que se dieran acogida a todas las cuestiones que, relativas a sus componentes, títulos y honores debidos en cada caso, tratamientos, ceremonial y orden de sucesión, se encuentran, al momento presente, faltos de concreción normativa por parte de nuestro ordenamiento jurídico positivo.

En la totalidad de las monarquías europeas, en las que no ha habido solución de continuidad en las últimas centurias, existe desde antiguo un Estatuto semejante al expresado que regula, por imperativos legales, todas aquellas cuestiones que afectan al estatus de la Familia del Rey, comprendiéndose y regulándose por el mismo, con un enorme bagaje histórico, todas las cuestiones relativas al papel y protagonismo de aquellas personas que, unidas por vínculos de muy diversa naturaleza y parentesco con el soberano reinante, disponen de un estatus en el seno de la real familia de trascendencia jurídico-pública.

Sin embargo, hasta cierto punto es comprensible el desinterés y hasta la desidia manifestada por el legislador ante tales materias. Las complejas y desafortunadas circunstancias históricas por las que ha venido transitando la institución monárquica en la España de las dos últimas centurias a buen seguro han actuado como factores negativos a la hora de regular y hasta de proporcionar claridad a tales cuestiones.

Sirvan de ejemplo de lo expresado, retrotrayéndonos en el tiempo, los desencuentros y violencias civiles que la escisión dinástica acaecida con ocasión del fallecimiento del rey Fernando VII (1808-1833) va a provocar por suelo hispano con el resultado de un cruento y doloroso enfrentamiento civil entre los partidarios de ambas ramas resultantes (la carlista o legitimista y la de los monárquicos isabelinos o constitucionalistas).

O la abolición, primero, y la posterior suspensión, por espacio de casi cuarenta años, de las regias prerrogativas, concretamente entre el 14 de abril de 1931 y el 22 de noviembre de 1975, que alejaron irremediablemente a dos generaciones de españoles del contacto con su Familia Real y con aquel ceremonial que le es propio, a la par que provocaron la aparición en el seno de la misma de numerosos avatares internos originados por algunas renunciaciones de eventuales derechos sucesorios que han dado lugar a no pocas situaciones polémicas (caso de la renunciación sucesiva de sus altezas reales el príncipe don Alfonso de Borbón (acaecida en Lausanne, de fecha 11 de junio de 1933) y del infante don Jaime de Borbón (en Fontainebleau, el 21 de junio de 1933)¹.

O, finalmente, la cada vez más habitual realización de enlaces matrimoniales de miembros de la Familia Real con personas carentes de estirpe regia en su más inmediata ascendencia, adoleciendo de una normativa clara que viniese a estipular, de manera sencilla y diáfana, el régimen jurídico de honores y tratamientos que corresponderían a las mismas.

Ese marcado desinterés que, por todo lo tocante al régimen jurídico de la Casa Real española ha venido caracterizando el actuar en relación con la institución monárquica que preside el Estado por parte de todos los gobiernos democráticos españoles desde 1977, tuvo su colofón en la publicación, en noviembre del año 1987, del *Real Decreto* 1368/1987, de 6 de noviembre, *sobre el régimen de Títulos, Tratamientos y Honores de la Familia Real y de los Regentes*², redactado por el Ministerio de Justicia, desoyendo

¹ GONZÁLEZ-DORIA, Fernando. *Don Juan de España*. Madrid: [s.n.], 1966, pp. 90-93.

² BOE, de 12 de noviembre de 1987.

con ello el mandato constitucional exigente de una Ley Orgánica reguladora y de más amplio contenido que el que, finalmente, recogería la presente disposición.

De breve redacción –consta de 6 artículos, 3 disposiciones transitorias y 1 derogatoria–, no colmó a través de su tenor dispositivo las dignas aspiraciones que sobre esta materia se tenían y, ni mucho menos, vino a cumplir con el mandato constitucional anteriormente reseñado, por cuanto ni adopta la forma de Ley Orgánica ni contiene norma alguna relativa al orden sucesorio que vendría en aplicación llegado el caso, desarrollando lo dispuesto en el artículo 57.1 de nuestra Carta Magna que fija la sucesión futura al trono –no lo olvidemos– «en los sucesores de S.M. Don Juan Carlos I de Borbón»³.

Llamamos la atención respecto de la disposición derogatoria incluida en dicho Decreto y en la que se establece que «quedan derogadas las disposiciones del mismo o inferior rango que se opongan a lo previsto en el presente Real Decreto». Ateniéndonos a dicha prescripción y en nuestra modesta opinión, este Real Decreto vendría a derogar las disposiciones legales de igual o menor rango que entraren en contradicción con su tenor, pero no afectaría a la serie de disposiciones que relativas a la misma materia fueren de rango *superior* al simple Decreto, aquellas que desde las Siete Partidas a la Novísima Recopilación de Leyes de 1805, han venido regulando tales cuestiones hasta nuestros días, como parte integrante de un Derecho Dinástico *preconstitucional*⁴.

Centrándonos en el análisis de su articulado dispositivo dos son los temas sobre los que fija su atención el legislador, estrechamente unidos ambos a los usos y ceremoniales históricos propios de la Casa Real española. Nos estamos refiriendo a los denominados *Títulos Dinásticos* y por otro lado los *Títulos de la Casa Real*, impropiaamente calificados por el Real Decreto como «Títulos Nobiliarios de la Casa Real».

Por lo que se refiere a los *Títulos Dinásticos*, vinculados *in solidum* a la Corona, aunque aparecen reconocidos genéricamente por la Constitución

³ «Art. 57.1: La corona de España es hereditaria en los sucesores de S.M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica. La sucesión en el trono seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores; en la misma línea, el grado más próximo al más remoto; en el mismo grado, el varón a la mujer, y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos».

⁴ GONZÁLEZ-DORIA, Fernando. *Diccionario Heráldico y Nobiliario de los Reinos de España*. San Fernando de Henares (Madrid): [s.n.], 1987, p. 15.

de 1978 tanto para la persona del Rey –en el punto 2.º del artículo 56⁵– como para la del príncipe heredero –en el 2.º del artículo 57⁶–, reiterándose en parecidos términos por los artículos 1.1 –caso del rey⁷– y 2⁸ del Real Decreto de 1987, no es menos cierto que su indeterminación o ausencia de la deseada concreción al respecto, principalmente en todo lo relativo a su número, prelación y denominación nos aboca a indagar sobre los mismos en instancias *pre* o *preterconstitucionales* en donde históricamente han venido siendo definidos y establecidos como integrantes de un tradicional Derecho Dinástico⁹.

1. Los títulos de Su Majestad el rey de España

Por lo que se refiere a los *Títulos ostentados por el rey* en cuanto que soberano o titular de la Corona del reino de España –y a la par, jefe del Estado–, ante el silencio legal planteado por los artículos 56.2 de la Constitución –«Su título es el de Rey de España y podrá utilizar los demás que correspondan a la Corona»– y 1.1. del Real Decreto de 1987 –«el titular de la Corona se denominará Rey o Reina de España y podrá utilizar los demás títulos que correspondan a la Corona, así como las otras dignidades nobiliarias que pertenezcan a la Casa Real»–, su nómina constituye una de esas realidades de la institución monárquica que aparece definida y configurada por la historia y, como tal, preexistente a la propia Constitución quien la asume y ampara «constitucionalizándola» sin plantear u oponer reservas.

⁵ Su título es el de rey de España y podrá utilizar los demás que correspondan a la Corona.

⁶ El príncipe heredero, desde su nacimiento o desde que se produzca el hecho que origine el llamamiento, tendrá la dignidad de Príncipe de Asturias y los demás títulos vinculados tradicionalmente al sucesor de la Corona de España.

⁷ El titular de la corona se denominará Rey o Reina de España y podrá utilizar los demás títulos que correspondan a la Corona, así como las otras dignidades nobiliarias que pertenezcan a la Casa Real. Recibirá el tratamiento de Majestad.

⁸ El heredero de la Corona tendrá desde su nacimiento o desde que se produzca el hecho que origine el llamamiento la dignidad de Príncipe o Princesa de Asturias, así como los demás títulos vinculados tradicionalmente al sucesor de la Corona y los honores que como tal le correspondan. Recibirá el tratamiento de Alteza Real. De igual dignidad y tratamiento participará su consorte, recibiendo los honores que se establezcan en el ordenamiento jurídico.

⁹ GARCÍA-MERCADAL Y GARCÍA-LOYGORRI, Fernando. *Estudios de Derecho Dinástico. Los Títulos y la Heráldica de los Reyes de España*. Barcelona: Bosch, 1995, pp. 31-54.

Históricamente, nuestros reyes han venido ostentando tres clases diferentes de titulaciones regias. En primer lugar el que podemos denominar como *Título corto* o «integrador» –el actualmente establecido por el texto constitucional en su artículo 56.2–, esto es, el de Rey o Reina de España, emergente desde el reinado de Felipe V y consolidado en el de Isabel II y sus sucesores. Frente a él, el título tradicional de soberanía o *Título largo*, en el que aparecen reflejados todos aquellos títulos que ha ostentado históricamente el titular de la Monarquía con anterioridad a la formación del Estado unitario contemporáneo. En su enunciación, de bases medievales redefinidas por los Reyes Católicos a su llegada al trono en 1474, se seguirá un escrupuloso orden marcado por la condición soberana ostentada por cada uno de los territorios enumerados, principiando por los propiamente hispanos para concluir con los estados centroeuropeos, a saber: rey de Castilla, de León, de Aragón, de las Dos Sicilias, de Jerusalén, de Navarra, de Granada, de Toledo, de Valencia, de Galicia, de Mallorca, de Menorca, de Sevilla, de Cerdeña, de Córdoba, de Córcega, de Murcia, de Jaén, del Algarbe, de Algeciras, de Gibraltar, de las Islas Canarias, de las Indias Orientales y Occidentales, de la India y continente oceánico, archiduque de Austria, duque de Borgoña, de Brabante y de Milán, conde de Habsburgo, de Flandes, de Tirol y de Barcelona, señor de Vizcaya y de Molina¹⁰.

Sin embargo, dentro de este último los títulos enunciados disponen de una triple naturaleza que les otorga una mayor o menor efectividad soberana actual. Así podemos hablar de *Títulos históricos de soberanía* ejercidos por el rey que recaerían sobre aquellos que llevan el nombre de territorios o ciudades sobre los que España ejerce una jurisdicción efectiva en nuestros días, como serían los casos de «rey de León», o «de Castilla», o los de conde de Barcelona o señor de Vizcaya y de Molina. De los *Títulos de pretensión* que serían aquellos que reflejan una reclamación fundada en sólidas razones políticas, aunque en la actualidad no cuenta con una materialización efectiva en su ejercicio –caso del título de «rey de Gibraltar»–. O finalmente los *Títulos pro memoria*, reservados para aquellos territorios que España hace tiempo dejó de administrar y que se mantienen en la titulación oficial más como recuerdo histórico o meramente sentimental que como realidad

¹⁰ IBÍDEM, pp. 59-162.

soberana efectiva. Entre ellos pueden ser enunciados los de «rey de Jerusalén», el de «conde de Habsburgo» o el de «conde del Tirol», entre otros¹¹.

¹¹ La Corona de Castilla se encuentra integrada desde el año 1230 por los reinos de Castilla, León, Galicia y Toledo, tras la unión propiciada por el rey Fernando III (1217-1252) a su llegada al trono conjunto de los dos enunciados en primer lugar, posteriormente incrementada con la incorporación mediante conquista de los reinos musulmanes de Córdoba (1236), Jaén (1244), Sevilla (1248), Gibraltar (1309), los Algarbes, Granada (1492) o de los territorios insulares de Canarias (1402-1496) o más lejanos de las Indias Occidentales o América (1492). La Corona de Aragón tiene su origen en la unión del reino de Aragón y el condado de Barcelona en la persona de un mismo titular soberano en 1137. Posteriormente Jaime I añadirá a dicha unión política el señorío de Montpellier, heredado de su madre, además de los reinos musulmanes conquistados de Mallorca (1229-1235) y Valencia (1238). La isla de Cerdeña, otorgada como feudo por el papa Bonifacio VIII en 1297 –junto a la de Córcega–, será incorporada a perpetuidad al seno de la Corona en las Cortes de Fraga de 1460. El término *Corona en Aragón* tiene unas connotaciones muy diferentes al que tiene en Castilla. No es sólo un conjunto de reinos y señoríos que tienen como titular a una misma persona, pues un mismo rey puede serlo de diversos reinos sin que estos estén integrados en una misma Corona (caso de Nápoles, conquistado por Alfonso V en 1443, que se mantendrá separado de la Corona), sino que supone que todos los reinos y señoríos que la integran forman una unidad indivisible, que como tal se transmite hereditariamente. Este concepto de unión en la diversidad (de reinos y territorios, de instituciones y de ordenamientos jurídicos) que caracteriza a la Corona será trasplantado al de *Monarquía Universal* que surgirá a partir del reinado de los Reyes Católicos. La Monarquía Universal, al igual que la Corona en Aragón, será una entidad compleja, compuesta de diversas partes perfectamente diferenciadas, de ahí que el título oficial de sus titulares no sea el de «Reyes de España» o de «Castilla y Aragón» (como unión de dos Coronas), sino el de reyes, condes, señores, etc., de cada uno de los reinos y señoríos sobre los que desarrollan su autoridad regia, enumerándose uno por uno según su rango jurídico-político. Desde la época de los Reyes Católicos y hasta fines del siglo XVII a los reinos y territorios de las Coronas de Castilla y Aragón, más el reino de Navarra, conquistado e incorporado a Castilla en 1512, se unen otros muchos territorios de Europa: Portugal (de 1580 a 1640); ducado de Borgoña y títulos anejos en los Países Bajos, como el ducado de Brabante y los condados de Flandes y Borgoña (1516); el ducado de Milán (1546) y el marquesado de Finale (1590), entre otros), América (los virreinos de Nueva España, Perú y Nueva Granada), Oceanía (islas Filipinas (1585), islas Marianas (1665) y Carolinas) y África (Mazalquivir, Orán, Trípoli, Bugía, Goleta, Túnez, Bizerta y las plazas de Ceuta (1668) y Melilla, desde 1497). La *Monarquía universal española* será el conjunto de todos los reinos y señoríos que obedecen a un mismo rey. La titulación oficial regia los recogerá de continuo, enunciándolos pormenorizadamente siempre de mayor a menor dignidad de rango político, tal y como establecieron en su día los Reyes Católicos en la Concordia de Segovia de 1474. Así, alternándose los títulos de Castilla y Aragón, aunque precediendo los de la primera a los de la segunda, unos serán *reinos* (Castilla, León, Aragón, Dos Sicilias, Jerusalén, Navarra, Granada, Toledo, Valencia, Galicia, Mallorca, Menorca, Sevilla, Cerdeña, Córdoba, Córcega, Murcia, Jaén, Algarbe,

En ocasiones juegan un importante papel como vestigio de una histórica pertenencia o vinculación para con la persona del rey que proporciona no pocos argumentos a los servicios diplomáticos para estrechar lazos de amistad y de buenas relaciones con sus actuales rectores¹².

El apartado «*in fine*» del artículo 1.1 del Real Decreto 1368/1987 autoriza al rey a hacer uso e invocación de «las otras dignidades nobiliarias que pertenezcan a la Casa Real», sin mayores precisiones respecto de qué debemos entender por tales. En nuestra opinión nos encontramos, presumiblemente, ante los llamados *Títulos de incógnito*, entendiendo por tales aquellos de los que los monarcas hacían uso en ciertas actividades o en aquellas ocasiones en que actuaban como ciudadanos singulares o en aquellos desplazamientos no oficiales en los que deseaban pasar desapercibidos, evitando el protocolo¹³. La utilización por el

Algeciras, Gibraltar, Islas de Canaria, Indias Orientales y Occidentales), otros *principados* (Cataluña), otros *ducados* (Borgoña, Milán, Atenas, Neopatria), algunos *marquesados* (Finale), otros *condados* (Barcelona, Rosellón, Cerdeña, Flandes) o, incluso, *señoríos* (Molina, Vizcaya y Molina). Desde principios del siglo XVI dicha titulación regia pasará a ser consustancial al titular de la Corona de la Monarquía hispánica, de tal forma que de manifestación real de una titularidad soberana efectiva se pasará –cuando algunos de los territorios dejen de estar bajo su control directo– a reflejar una titulación meramente nominal, sin apoyatura material de ejercicio de poder (MARTÍNEZ DIEZ, Gonzalo. «El rey y su tratamiento: titulaciones de los reyes de España». En: *El Rey. Historia de la Monarquía*. ES-CUDERO, José Antonio (ed. lit.). Barcelona: Planeta, 2008, vol. I, 2008, pp. 183-250).

¹² Así, por ejemplo, el título de «rey de Jerusalén» que había llegado a manos del rey Pedro III de Aragón tras su casamiento con Constanza en 1262 y de ahí a los titulares de la Monarquía Universal hispana, será utilizado como argumento de cortesía por el embajador de Israel en España, Samuel Hadas, en su intervención ante los medios de comunicación con ocasión de la presentación de sus cartas credenciales ante el monarca el 25 de febrero de 1986: «en el momento en que las circunstancias lo permitan, esperamos en Israel a don Juan Carlos como rey de Jerusalén y confiamos en que pueda ir a visitar sus posesiones». Igualmente, como refiere GARCÍA-MERCADAL, en la cena de gala ofrecida por Su Majestad el Rey al presidente del Estado de Israel, Chaim Herzog, en el palacio del Pardo, con ocasión de su visita oficial a España, el 30 de marzo de 1992, el mandatario hebreo comenzó su discurso de agradecimiento dirigiéndose a don Juan Carlos con el título de «rey de Jerusalén». Finalmente, el 18 de noviembre de 1993, en una corta estancia del presidente de la Autoridad Palestina en Madrid, Yaser Arafat, recordó que «don Juan Carlos ostenta el título de Rey de Jerusalén y esto tiene un significado cultural y religioso importantísimo» (GARCÍA-MERCADAL, F. *Los Títulos y la Heráldica...*, pp. 232-233).

¹³ Así aconteció, a modo de ejemplo, con el rey Alfonso XIII quien en numerosas ocasiones hizo uso del título de incógnito de «Duque de Toledo» sobre todo cuando actuaba como hombre de negocios (CORTÁZAR, Guillermo de. *Alfonso XIII, hombre de negocios. Persistencia del Antiguo Régimen, modernización económica y crisis política, 1902-1931*. Madrid: Alianza Editorial, 1986).

legislador de la expresión «dignidades nobiliarias» no debe inducirnos, en ningún caso, a error considerándoles como «títulos del reino». Muy al contrario, como veremos a continuación, su régimen jurídico sería el mismo que el disfrutado por los llamados «Títulos de la Casa del Rey» –los «títulos de nobleza pertenecientes a la Casa Real» según denominación acuñada, de manera poco afortunada, por el artículo 6 del Real Decreto 1386/1987–, de perfiles definidos por el Derecho Dinástico histórico a lo largo de centurias.

2. Los títulos del príncipe heredero: tradición y actualidad

Por lo que se refiere a los títulos del heredero de la Corona, tanto el art. 57.2 de la Constitución como el art. 2.1. del Real Decreto 1386/1987 establecen como tales el de «Príncipe o Princesa de Asturias» así como «los demás títulos vinculados tradicionalmente al sucesor».

El título de Príncipe de Asturias fue creado en 1388 por el rey Juan I de Castilla (1379-1390) a favor de su hijo y heredero el infante don Enrique (futuro Enrique III). Con ello el rey pretendía poner fin a los pleitos dinásticos que habían azotado el reino desde hacía décadas, a la par que se buscaba asociar un título particular a la persona del heredero de la Corona, imitando el modelo inglés que titulaba Príncipe de Gales al primogénito del soberano¹⁴.

En los primeros tiempos y hasta el reinado de los Reyes Católicos el título llevaba aparejados importantes señoríos territoriales a lo largo de la Corona. Desde el reinado de dichos monarcas, el heredero de la Corona en la Monarquía hispánica unificará en su persona los títulos del heredero de las dos Coronas que la integran –Castilla y Aragón–, a los que se

¹⁴ CORONAS GONZÁLEZ, Santos. «Evolución institucional del Principado de Asturias». En: *La figura del Príncipe de Asturias en la Corona de España*. Madrid: Dykinson, 1998, pp. 69-87; del mismo autor, «El Principado de Asturias: juramento y pleito homenaje en la Asturias del Antiguo Régimen». En: *Príncipes de Asturias. Juramentos. Libro de los Juramentos, Pleito Homenaje y Proclamaciones del Principado de Asturias (1709-1834)*. Oviedo: Comisión de Derecho Consuetudinario, Junta General del Principado de Asturias, 2001, pp. XIII-LV; RODRÍGUEZ DE MARIBONA Y DÁVILA, M. *Los Herederos de la Corona Española. Historia de los Príncipes de Asturias*. Madrid: Sotuer, 1996; del mismo autor, «El Principado de Asturias, como título del heredero de la Corona». En: *Los Principados y Títulos del heredero de la Corona en el V Centenario de la reunificación política de los reinos de España (1512-2012)*. [Oviedo]: Cuerpo de la Nobleza del Principado de Asturias, 2013, pp. 21-64; VALLEJO GARCÍA-HEVIA, J. M.^a. «El Principado de Asturias». En: *El Rey. Historia de la Monarquía...*, vol. I, pp. 105-142.

añadirá el de príncipe de Viana, del reino de Navarra, tras la incorporación de este territorio a la Corona de Castilla, en 1512¹⁵.

Tradicionalmente el título se obtenía tras el juramento formalizado por el heredero ante las Cortes convocadas al efecto en los distintos reinos. La última jura por el rito tradicional fue la efectuada por la infanta Isabel –luego reina Isabel II–, en 1833¹⁶. Con el advenimiento del régimen constitucional las juras se convirtieron en ceremonias más sencillas, de mero reconocimiento del heredero por parte de los representantes de Asturias, que le entregaban la *venera* que reproduce la *Cruz de la Victoria*, emblema del principado.

Después de siete décadas de haber sido proclamado el último príncipe de Asturias –don Alfonso, hijo del rey Alfonso XIII, en mayo de 1907¹⁷–, una vez acontecida la restauración de la Monarquía española, en noviembre de 1975, en la persona del rey don Juan Carlos I, su hijo don Felipe de Borbón y Grecia fue reconocido oficialmente –y no nombrado– como príncipe de Asturias por Decreto 54/1977, de 21 de enero –en el periodo, por tanto, de transición política inmediatamente anterior al inicio del proceso constituyente–, siendo solemnemente investido en el Real Sitio de Covadonga (Principado de Asturias) el 1 de noviembre del mismo año¹⁸.

Respecto de los que el texto constitucional y el Real Decreto 1386/1987 enuncia como «demás títulos vinculados con el sucesor», ni los artículos mencionados, ni el Real Decreto 54/1977, de 21 de enero, sobre *Títulos y denominaciones, del Heredero de la Corona*¹⁹ aclaran de qué títulos se trata, por lo que al igual que el caso de los títulos del rey, deberemos acudir a la tradición jurídica anterior a la Constitución –al *Derecho Dinástico*–, para su determinación.

¹⁵ VALLEJO GARCÍA-HEVIA, J. M. *El Principado de Asturias...*, pp. 117-127.

¹⁶ RODRÍGUEZ DE MARIBONA, M. *Los Herederos de la Corona española...*, pp. 109-111; *Príncipes de Asturias...*, pp. LIV y 82-176.

¹⁷ RODRÍGUEZ DE MARIBONA, M. *Los Herederos de la Corona española...*, pp. 123-124.

¹⁸ IBÍDEM, pp. 127-128. El acto, instado por el presidente de la Diputación asturiana, quien previamente había solicitado del rey la restauración del título, de dudosa e imprecisa naturaleza jurídico-constitucional al asimilarse a una auténtica investidura o exaltación monárquica, estuvo cargado de interesado simbolismo histórico de restauración y renovación institucional, en el que no se oculta el interés de don Juan Carlos de dejar «bien atada» tal designación en los meses inmediatamente anteriores a la celebración de elecciones generales constituyentes.

¹⁹ BOE, 19 (22 de enero de 1977).

El Decreto 54/1977, de 21 de enero, manifiesta expresamente que

de acuerdo con la tradición española sobre Títulos y Denominaciones que corresponden al Heredero de la Corona [...]. Su Alteza Real Don Felipe de Borbón y Grecia, Heredero de la Corona, ostentará el Título y la Denominación de Príncipe de Asturias. También le corresponden los otros Títulos y Denominaciones usados tradicionalmente por el Heredero de la Corona.

En virtud de inveterada tradición dinástica, corresponden al heredero de la Corona de España, además del título de *Príncipe de Asturias*, los de *Príncipe de Gerona*, *Duque de Montblanc*, *Conde de Cervera* y *Señor de Balaguer* –todos ellos en su condición de primogénito y heredero de la Corona de Aragón²⁰–, además del de *Príncipe de Viana*, como heredero del reino de Navarra.

En 1351 el rey Pedro IV de Aragón creó el ducado de Gerona para su hijo, el futuro rey Juan I. Posteriormente, en 1414, el rey Fernando I elevó dicho título a la categoría de *Principado* en la persona de su hijo el príncipe Alfonso, vinculándolo desde entonces a los herederos de la Corona aragonesa.

Así mismo, a los herederos de dicha Corona se les reconocieron los títulos de *Duque de Montblanc* (desde 1387), *Conde de Cervera* (también desde 1351) y *Señor de Balaguer* (a partir de 1416) que, con posterioridad (desde 1506), quedaron vinculados al heredero de la Corona de España.

Sin embargo, al abolir Felipe V los regímenes jurídicos e institucionales peculiares de la Corona aragonesa (1706-1714), despojó *de facto* al heredero de los títulos tradicionales referidos a aquella Corona –y por extensión, del título de Príncipe de Viana navarro–, los cuales no fueron restaurados efectivamente hasta la proclamación de don Felipe como tal en 1977²¹.

²⁰ PALACIOS MARTÍN, Bonifacio. «El Ducado y el Principado de Gerona». En: *Los orígenes del Principado de Asturias y de la Junta General*. VELASCO ROZADO, Josefina y SANZ FUENTES, María Josefa (eds.). Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, 1998, pp. 311-332; RIERA I SANS, J. «El Dalfinat de Girona (1387-1388)». *Annals de l'Institut d'Estudis Gironins*, 29 (1987), pp. 105-128; FLUVIÀ I ESCORSA, Armand de. «Los Títulos catalanes del Heredero de la Corona española». *Hidalguía*, XXXVIII, n.º 220-221 (1990), pp. 301-304; CLARAMUNT, Salvador. «El Ducado de Gerona y los otros títulos nobiliarios de los príncipes herederos de la Corona de Aragón». En: *La figura del Príncipe de Asturias...*, pp. 57-68.

²¹ CORONAS GONZÁLEZ, Santos M. «El Principado de Asturias: Juramento y Pleito Homenaje en la Asturias...».

El título de *Príncipe de Viana* fue creado por el rey Carlos III el Noble en 1423, a imitación de títulos homólogos de Inglaterra, Aragón y Castilla, para el heredero de su reino, su propio nieto don Carlos. En aquella época el principado de Viana estaba constituido por numerosas villas y varios castillos en el territorio navarro cercano a la frontera con Castilla. Desde entonces estuvo vinculado a los herederos del reino de Navarra, aunque tras la incorporación del mismo a la Corona de Castilla y a la Monarquía hispánica (1512), dejara de usarse efectivamente²².

3. Los infantes de España: tipología y régimen jurídico

Desde la Alta Edad Media –fines del siglo XI– los hijos de los reyes son indefectiblemente denominados, en todos los reinos hispánicos, como *infans*, infantes, siendo un término presumiblemente acuñado en el reino de León. Su invocación será de exclusivo desarrollo hispánico –reino de Portugal incluido–, no hallando por los reinos europeos una expresión semejante para designar a la descendencia regia.

No está clara la razón por la que los hijos de los reyes fueron denominados infantes, es decir, *niños*. Es probable que la motivación última radique en que por tales centurias altomedievales los monarcas solían disponer de numerosos vástagos en edades infantiles que obligaban de continuo a designarles como tales –infantes–, manteniéndose tal apelativo una vez llegados a edad adulta por su condición de hijos del rey.

El término guarda estrechas concomitancias con otro vocablo de idéntica raíz fonética y semántica: *infanzón*. Como ha tenido ocasión de destacar Martínez Díez, en las primeras descripciones que se hacen de la figura en el reino de León se destaca su condición de nobles por razón de sangre o de generación, esto es, *nobiles genere*, nobles por Derecho Hereditario²³. El infanzón sería al noble, primate o senior del que desciende lo

²² MARTÍNEZ LLORENTE, Félix J. «El Principado de Viana como título del heredero del trono del reino de Navarra: origen, desarrollo y pervivencia de una dignidad». En: *Los Principados y Títulos del heredero de la Corona...*, pp. 85-110.

²³ MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo. «Servidumbre, ingenuidad y privilegio: notas a la condición jurídica de las personas en el reino de León: 910-1157». En: *Monarquía y sociedad en el reino de León. De Alfonso III a Alfonso VII*. 2 v. León: Centro de Estudios e Investigación San Isidoro, 2007, pp. 650-674.

que el infante será respecto de la persona del rey: una segunda categoría o minoración del pleno significado que gozaría la expresión infante²⁴.

Indudablemente, gozaron desde antiguo de una preeminencia protocolaria destacada sobre el resto de los individuos de la Curia o consejo del monarca, debido principalmente a su indubitada potencialidad para ocupar el trono²⁵.

Las primeras prescripciones normativas que existen en el ámbito hispánico respecto de la figura de los Infantes aparecen recogidas en la Ley 1.^a del Título VII de la Partida II en la que se declara que

Infantes llaman en España a los fijos de los Reyes. Ca ellos deven en si ser nobles de buenas maneras e sin ninguna mala estança por razones de la nobleza que les viene de parte del padre e de la madre. E tomaron este nome de infans que es palabra de latín, que quiere tanto decir como moço menor de siete años que es sin pecado e sin manzilla.

Poco más recogerá la legislación del Rey Sabio sobre la figura, salvo algunas generalidades sobre la especial educación que deben recibir, los particulares cuidados que se ha de tener con su guarda, por medio de ayos de gran confianza, de buen linaje, sanos y de buen seso y de demostrada lealtad y los medios económicos que se les debe de proporcionar para un sostenimiento digno de su alta posición (Partidas, II, 7, 4; II, 7, 10 y II, 7, 13).

En ningún caso nuestra legislación histórica –al menos hasta el siglo XVIII– contempló la posibilidad de que el título de Infante pudiera ser utilizado por propio derecho por un nieto de rey, esto es, por alguien que no era vástago real. La única excepción conocida, hasta la mencionada centuria, a esta regla general se va a producir bajo el reinado de los Reyes Católicos, cuando don Enrique de Aragón y Pimentel (1445-1522), I duque de Segorbe (Juan II de Aragón, 26 de octubre de 1476) y virrey de Cataluña y Valencia, hijo del infante don Enrique de Aragón

²⁴ IBÍDEM, p. 665, siguiendo a MENÉNDEZ PIDAL, Ramón. *Cantar de Mío Cid: Texto, gramática y vocabulario*. 4.^a ed. 3 v. Madrid: Espasa-Calpe, 1964-1969, pp. 718-723.

²⁵ HENRIET, Patrick. «Deo votas. L'Infantado et la fonction des infantes dans la Castille et le León des Xe-XIIe siècles». En: *Au cloître et dans le monde. Mélanges en l'honneur de Paulette L'Hermite-Leclercq*. HENRIET, P. y LEGRAS, A. M. (eds.). París: Presses de la Université, 2000, pp. 189-203.

y nieto del rey Fernando I de Aragón, pase a titularse, inusitadamente, como Infante²⁶.

Por lo general los matrimonios de los infantes venían a ser acordados por sus padres en connivencia con el rey, principalmente con príncipes o princesas extranjeras, al objeto de no facilitar una estrecha relación familiar con la nobleza autóctona, aunque no serán pocas las ocasiones en que se recurra a la utilización de este procedimiento por razones estrictamente políticas. Para los enlaces nupciales de las infantas las Partidas (II, 7, 12) aconsejan, entre otras consideraciones, que sus maridos sean de «gran guisa, porque el linaje que dellos viniere crezca todavía en nobleza»²⁷.

Si bien las esposas de los infantes pasaban a ostentar la dignidad y su correspondiente tratamiento de infantas desde el momento mismo que contraían matrimonio, no acontecía lo mismo en el caso de los consortes de las infantas, como refieren las Partidas (IV, 2, 7)²⁸.

Situación diversa será la situación legal y ceremoniosa que en nuestro Derecho Histórico-Dinástico se reservó a los *hijos ilegítimos*, tanto de los

²⁶ Conocido como «Infante Fortuna», utilizará de por vida dicha dignidad firmando como tal (vid. Real Academia de la Historia, Col. Salazar y Castro, sign. 9/275, fol. 392v: carta de don Enrique de Aragón, I duque de Segorbe, a don Juan de Aragón, I duque de Luna, en la que le pide refuerzos para el ejército que mandaba el duque don Alfonso de Aragón, II duque de Segorbe, su hijo). Para su filiación, vid. SOLER SALCEDO, Juan Miguel. *Nobleza española. Grandeza inmemorial 1520*. Madrid: Vision Libros, [2008], pp. 443; SALAZAR Y ACHA, Jaime. *Los Grandes de España (siglos XV-XXI)*. Madrid: Hidalguía, 2012, p. 124.

²⁷ Establecen al respecto Partidas II, 7, 12: «Criadas e acostumbradas seyendo las fijas del Rey, assí como dize en la ley ante desta, desque fueren de edad, dévense trabajar el Rey y la Reina de las casar bien e honrradamente. E en esto deven meter muy grand femencia, catando y quatro cosas: la primera, que aquellos con quien las casaren sean de grand guisa, porque el linaje que dellos viniere crezca todavía en nobleza; la segunda, que sean fermosos e apuestos, porque aya mayor amor entre ellos e puedan más ayna aver filos; la tercera, que sean de buenas costumbres, ca por esto las sabrán mejor honrrar e guardar e avrán mejor vida de so uno e durará más el amor entre ellos; la quarta, que sean bien heredados, ca estonce vivirán ellos e los fijos que ovieren más viciosos e más honrrados. E quando no les pudieren dar maridos que ayan estas quatro cosas, en todas guisas, deven catar que las casen con tales que sean de buen linaje e de buenas costumbres [...]».

²⁸ Partidas, IV, 2, 7: «Aún ha otra fuerza el casamiento, según las leyes antiguas, que mager la muger fuesse de vil linaje, si casare con rey débenla llamar reyna, e si con conde, condessa; e aún después que fuere muerto su marido la llamarán assí, si non casare con otro de menor guisa. Ca las honrras e las dignidades de los maridos han las mugeres por razón dellos».

reyes como de los infantes, completamente diferente al que gozaban –caso de que se produjera su reconocimiento oficial– los hijos legítimos. En el caso de los hijos naturales cuyo progenitor sea un monarca, en ningún caso podrán hacer uso y disfrute de la dignidad de infantes, ni ser designados como tales, ni disponer del tratamiento de Alteza Real, aunque sí se les podría reservar –si así se otorga expresamente por el rey– el tratamiento propio del infante –excelencia o serenidad– y en cualquier caso el portar las armas de su augusto progenitor –con la correspondiente brisura de bastardía–, siempre y cuando hubiese sido reconocida oficialmente su bastardía.

Por lo general, los hijos extramatrimoniales no solían ser reconocidos por los soberanos. Cuando, por el contrario, se procedía a una legitimación, lo habitual era que se les destinara a una carrera eclesiástica o militar. Será ejemplo de lo primero el caso de don Alfonso de Aragón (1470-1520), hijo bastardo del rey Fernando el Católico, que a los siete años fue designado arzobispo de Zaragoza, pasando a ostentar con posterioridad las dignidades de arzobispo de Valencia, lugarteniente del reino, canciller y virrey.

Dejando de lado el periodo medieval, rico en ejemplos, tras la constitución de la Monarquía Universal hispana solo en tres únicas ocasiones se procederá al reconocimiento oficial y solemne de bastardías: con don Juan de Austria (1545-1578)²⁹ y Margarita de Parma (1522-1586)³⁰, hijos

²⁹ Don Juan de Austria fue reconocido hijo del emperador por su medio hermano Felipe II tras la muerte de su padre, en 1559. Con tal ocasión el rey le ciñó la espada –invistiéndole caballero–, le concedió el Collar de la Orden del Toisón de Oro, le puso Casa y ordenó para él el tratamiento de *Excelencia*, denegándole el de Alteza Real y el título de Infante (PORREÑO, B. *Historia del Serenísimo Señor don Juan de Austria*. Madrid : Sociedad de Bibliófilos Españoles, 1899; MONTERO HERNANDO, M. *Juan de Austria, un héroe al servicio de Felipe II*. 1.ª ed. Madrid: Sílex, 1985; BENNASSAR, Bartolomé. *Don Juan de Austria. Un héroe para un imperio*. Madrid: Temas de hoy, 2004).

³⁰ Margarita de Parma fue legitimada por el emperador Carlos V con siete años, el 9 de julio de 1529, a ruego de su tía-abuela, Margarita de Austria, y prometida en matrimonio a Alejandro de Médicis, con el que casará el 29 de febrero de 1536; tras enviudar, contraerá nuevas nupcias con Octavio Farnesio, recibiendo los títulos de Duques de Parma y Piacenza. También será gobernadora de los Países Bajos (FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Manuel. *Carlos V, el César y el hombre*. Madrid: Espasa-Calpe, 1999, pp. 410, 565-566, 591, 645, 691, 777 y 839; ÁLVAREZ, María Teresa. *Margarita de Parma*. Madrid: La Esfera de los Libros, 2012).

naturales del emperador Carlos V, y con don Juan José de Austria (1629-1679)³¹, hijo bastardo del rey Felipe IV.

Respecto del título y condición de *Infante de España* –como será designado desde el siglo XVIII–, así como de sus clases, el artículo 3 del Real Decreto de 1386/1987 constituye una reactualización de una relativamente antigua distinción, surgida bajo el reinado de Carlos III (1759-1788) entre *infantes natos* e *infantes de gracia o de privilegio*.

3.1. Infantes de España natos

El artículo 3.1. del Real Decreto de 1987 conceptúa la figura a través de una definición en negativo: serán aquellos «hijos del Rey que no tengan la condición de Príncipe o Princesa de Asturias y los hijos de este Príncipe o Princesa, serán Infantes de España». O lo que es lo mismo, tendrán la consideración de infantes de España por natura tanto los hijos del rey –que no sean príncipe o princesa de Asturias– como los hijos de estos últimos.

En su primera parte el precepto vendrá a coincidir en su definición con aquella otra que proporciona de la misma dignidad de Infante la Ley 1.^a del Título VII de la II.^a Partida, cuando declara que «la dignidad de Infante se ha de dar en España a los hijos del Rey». Un dictamen de la Real Academia de la Historia, redactado con fecha de 14 de agosto de 1765 como respuesta a la consulta previa que con fecha 31 de julio de aquel año le formulara el rey Carlos III respecto de su pervivencia, reiterará al monarca su plena actualidad y vigencia³².

No fue hasta la promulgación de la Constitución de 1812 cuando el elenco de beneficiados con dicho título conozca una significativa ampliación en número. Si en el artículo 202 se retomaba la vieja y tradicional concepción del infante de España al afirmarse que «los demás hijos e hijas del rey serán y se llamarán infantes de las Españas», en el artículo 203 se extenderá también «a los hijos e hijas del Príncipe de Asturias» el disfrute de dicha dignidad.

³¹ En el caso de don Juan José de Austria, su padre, el rey Felipe IV le reconocerá como hijo ilegítimo por Real Cédula de 16 de mayo de 1642, poniéndole apellido, Casa y otorgándole el tratamiento de *Serenidad*, además del Gran Priorato de Castilla en la Orden de San Juan (RUIZ RODRÍGUEZ, Ignacio. *Juan José de Austria: un bastardo regio en el gobierno de un imperio*. Madrid: Dykinson, 2005; del mismo autor, *Don Juan José de Austria en la Monarquía Hispánica. Entre la política, el poder y la intriga*. Madrid: Dykinson, 2007).

³² PORTELL PASAMONTE, Rafael. «Infantes de Gracia». *Revista Iberoamericana de Heráldica*, 18 (2002), p. 97.

Finalmente, el artículo 204 prohibirá expresamente el que la dignidad de infante «pueda extenderse a otras personas» fuera de las enunciadas.

En un dictamen posterior del Consejo Real, de 27 de octubre de 1823, reinando Fernando VII, se reiterará y ratificará dicha inclusión entre los beneficiarios de la dignidad y tratamiento de infante de España de los hijos del príncipe de Asturias cuando se declare que

no hay Ley ninguna y tampoco costumbre en estos Reinos, que hubiere declarado pertenecer la Dignidad, el nombre o título de Infante a otro alguno que no fuere legítimo de los Reyes o del Príncipe heredero.

Por su propia definición, la dignidad de Infante *nato* no podrá ser objeto de desposesión por parte del rey, debido a su propia naturaleza jurídica: ser una condición de la que se es beneficiario por nacimiento y no en virtud de gracia regia.

Significativo ejemplo de ello lo constituye la persona del infante D. Carlos María Isidro de Borbón (1788-1855), hermano del rey Fernando VII, quien encabezará una revuelta y rebelión contra los derechos al trono de su sobrina, la reina Isabel II, al fallecimiento de su hermano. Una Ley de las Cortes de 27 de octubre de 1834 le declaró excluido, a él y a toda su línea familiar, del derecho a suceder en la Corona de España, pero en ningún momento se dará inicio a trámite alguno de desposesión de aquel título que por nacimiento le pertenecía. Caso diferente fue el de los restantes miembros de la Real Familia a los que se había otorgado dicha dignidad como Gracia Real: todos ellos quedaron desposeídos de la misma por las leyes (de 15 de enero de 1837) y reales decretos (de 12 de mayo de 1848 y 9 de marzo de 1867) que fueron dictados en años posteriores³³.

En el caso de *hijos no matrimoniales y adoptados* del rey o del príncipe heredero, la norma nada establece, aunque sí el Derecho tradicional de la dinastía.

La equiparación a todos los efectos en nuestro ordenamiento jurídico actual de los hijos matrimoniales y no matrimoniales, además de los adoptados, en virtud de lo dispuesto tanto por el artículo 39.2 de la Constitución, como por los artículos 108 a 141 y 172 a 180 del Código Civil, dispone en el campo del Derecho Dinástico de una compleja y controvertida aplicación y/o interpretación en nuestros días.

³³ PORTELL PASAMONTE, R., «Infantes de Gracia...», pp. 116-120.

¿Cómo se deberá actuar en el caso de que se diera la existencia de hijos no matrimoniales y/o adoptados por parte de miembros de la Familia Real que en algún momento pudieran ser llamados a la sucesión de la Corona o que ya estuvieran llamados a ella o en su ejercicio? Aunque la normas específicamente reguladoras de estas materias nada dicen, sería posible la invocación del Derecho tradicional de la dinastía.

En este sentido, sería lógico estimar que, llegado el caso y probada efectivamente la paternidad –regia o principesca– del supuesto vástago, se le deberían reconocer y autorizar todos aquellos beneficios que les son propios en virtud de su filiación (paternidad o maternidad reconocida, derecho al apellido, derecho a la herencia), aunque en ningún caso aquellos que se rigen por lo establecido en el mencionado Real Decreto de 1987 y, subsidiariamente, por el Derecho Dinástico, entre los que debemos incluir la ostentación y disfrute del título de Infante y de su tratamiento anejo –el de Alteza Real–, en la medida que los mismos no gozan en ningún caso de la categoría de derecho fundamental protegible por nuestro ordenamiento jurídico.

Para su fundamentación jurídica constituyen una valiosa apoyatura jurisprudencial las sentencias del Tribunal Constitucional de 24 de mayo de 1982 y 6 de julio de 1995, relativas al uso y disfrute de títulos nobiliarios.

Respecto del tema de la posible probanza de la paternidad, debemos recordar que, tal y como establece el artículo 56.3 de la Constitución, «la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad», por lo que no sería posible el sometimiento de la persona de Su Majestad el Rey a una prueba médico-analítica de paternidad alguna. Lo que, por otro lado, no ocurriría en el caso de la persona del príncipe de Asturias, para quien la Constitución Española no establece análoga prerrogativa, salvo que fuera regente.

No está de más el recordar que por Derecho Dinástico Histórico –regulador a día de hoy de todas aquellas que afectan al régimen interno familiar e institucional de la Casa Real española no reglamentadas por el ordenamiento jurídico actual–, para ostentar tan alta dignidad se debe ser hijo de matrimonio legítimo regio («fijos, segund la ley, llaman aquellos que nascen de derecho casamiento» [Partidas, II, 7]; y que en su virtud, no deberían ser considerados hijos llamados a la sucesión aquellos que no nacieran de tal legítimo matrimonio, como recogen las Partidas (IV, 13), esto es, el constituido en un acto en el que los cónyuges

contrayentes hacen manifestación expresa de voluntad de constituirse en matrimonio formulada ante un representante de la autoridad (incluyendo entre ellos al sacerdote).

En Partidas IV, 13, 1 se consideran hijos legítimos «aquellos que nascen de padre e de madre que son casados verdaderamente, segund manda Santa Eglesia». Por tal razón dispondrán de «las honrras de sus padres» pudiendo «recebir dignidad e orden sagrada de la Eglesia, e las otras honrras seglares». Es más, el hijo legítimo, por venir de derecho casamiento, será denominado por Partidas como «fijo deruchero» (vid. Partida IV, 15).

Tal necesidad de que la descendencia regia sea *legítima* a efectos de sucesión y disfrute de las prerrogativas inherentes a su regia condición aparece recogida, históricamente, en nuestros textos constitucionales: así el art. 175 de la Constitución de 1812; el art. 52 de la Constitución de 1837; el art. 51 de la de 1845 y el art. 61 de la de 1876.

Aun cuando la Constitución Española de 1978 no incorpora ninguna referencia a la legitimidad de la que debería disfrutar la descendencia con posible llamamiento, su Título II sí que contempla y regula cada uno de los aspectos que aborda sobre la base de la existencia de un matrimonio regio y de su lógica descendencia. En definitiva, *supone* que el rey o la reina contraerán matrimonio y no otro tipo de unión para asegurar la sucesión. No cabe deducir otra interpretación –pensamos– del tenor del art. 58 en el que se habla de «Reina consorte» y de «consorte de la Reina», si tenemos en cuenta que el término *consorte* va siempre referido al contrato matrimonial y no a otra figura de unión entre hombre y mujer.

No dejamos de reconocer que, al momento presente, el concepto de *legitimidad* para referirse a los descendientes de una persona resulta tremendamente obsoleto por discriminatorio. Sin embargo, no es menos cierto que frente a esa definitiva superación operada en el seno de las sociedades civiles democráticas en los últimos años, en las que la determinación de la filiación no depende ya exclusivamente de la existencia de un vínculo matrimonial entre los padres, en el contexto de las familias reales –de las que la española no es una excepción– sigue existiendo una estrecha relación de causa-efecto entre matrimonio y legitimidad, que determinará en todo momento la posición y el tratamiento de las personas en el seno de la Familia Real.

En todo caso, siempre queda la posibilidad de que Su Majestad el Rey, en atención a sus especiales circunstancias y si lo estima oportuno y

conveniente, pueda otorgar a la persona que se encontrare en una situación como la expresada la dignidad de infante de Gracia y el tratamiento anejo de alteza real, como veremos a continuación.

Al momento presente ostentan la dignidad *nata* de infante/a de España las siguientes personas, enunciadas según el orden protocolario que ostentan:

- S.A.R. la infanta doña Leonor de Borbón y Ortiz.
- S.A.R. la infanta doña Sofía de Borbón y Ortiz.
- S.A.R. la infanta doña Elena de Borbón y Grecia.
- S.A.R. la infanta doña Cristina de Borbón y Grecia.
- S.A.R. la infanta doña Pilar de Borbón y Borbón.
- S.A.R. la infanta doña Margarita de Borbón y Borbón.

Respecto de la inclusión de las infantas doña Pilar y doña Margarita debemos formular, no obstante, algunas consideraciones. En una desafortunada redacción, la Disposición Transitoria Segunda del Real Decreto de 1987 que venimos comentando declara que «las hermanas de Su Majestad el Rey Don Juan Carlos I de Borbón serán Infantas de España y conservarán el derecho al uso de tratamiento de Alteza Real vitaliciamente, pero no sus consortes ni hijos».

De su tenor parece deducirse que la infanta doña Pilar y la infanta doña Margarita venían a ser creadas Infantas de España desde este momento –o lo que es lo mismo, *infantas de Gracia*–, dando a entender implícitamente que hasta entonces no lo habían sido. Es posible que su escasamente meditada redacción bien pudiera guardar alguna relación con el contenido de la Disposición Transitoria Tercera inmediatamente posterior mediante la cual se intentará dejar bien sentada y diáfana para el futuro la excepcional situación de la que había venido disfrutando, de manera singular e inusitada, S.A.R. Don Alfonso de Borbón Dampierre.

Pese a todo, la reiterada enunciación oficial de ambas, con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto de 1987, como *Infantas de España* –en virtud de su condición de nietas de S. M. el rey don Alfonso XIII, sin entrar en la valoración de otras posibles circunstancias que pudieran reafirmar aún más si cabe su derecho a dicha dignidad–, nos lleva a inclinarnos por su consideración como infantas de España *natas*.

En los decretos de concesión de los títulos de Duque de Badajoz y Duque de Soria –de 1967 y 1981, respectivamente, anteriores por tanto al Real Decreto de 1987–, en ningún momento de su tenor vienen a ser calificadas como Infantas de España. A lo sumo, como Su Alteza Real, sin

dignidad aneja, que en el caso de la infanta doña María del Pilar quedará reducido tan sólo a Su Alteza, aunque haciendo hincapié motivador en su condición de «nieta de Su Majestad el Rey Don Alfonso XIII».

Y ello a pesar de que, en atención a la normativa expuesta, en ocasiones, el protocolo de la Casa Real tiende a equipararlas a los únicos infantes de Gracia actualmente existentes –S.A.R. la infanta doña Alicia de Borbón-Parma y Habsburgo-Lorena y S.A.R. el infante don Carlos de Borbón-Dos Sicilias–, aunque precediéndoles, presumiblemente por razón de antigüedad, en el disfrute de la dignidad y en atención, como criterio discernidor, a un hipotético orden sucesorio de la Corona.

Por lo que se refiere a la condición y tratamiento del que serán acreedores los consortes de los infantes de España natos –esto es, los esposos o esposas de los hijos del rey o de la reina o del príncipe o princesa de Asturias–, mientras estuvieren casados o cuando enviudaren, el párrafo segundo del artículo 3.1 del Real Decreto de 1987, en una redacción algo confusa que presumiblemente dice menos de lo que el legislador habría querido manifestar en un principio³⁴, hace recaer en la persona del monarca la decisión última respecto a cuáles deberían ser sus honores y tratamientos futuros, apoyándose en el reconocimiento que de tal prerrogativa le otorga el apartado f) del artículo 62 de la Constitución Española.

Históricamente tales gracias honoríficas otorgadas por el soberano en favor del consorte de un infante de España nato solían perfeccionarse, por lo general, con ocasión de su matrimonio, consistiendo bien en el reconocimiento extraordinario del título de Infante de Gracia, cuando no en la más habitual concesión de un título de la Casa Real –calificado por el Real Decreto de 1987 como «títulos de nobleza pertenecientes a la Casa Real»– o incluso de un título del reino (por lo general, Duque o Marqués con Grandeza de España)³⁵.

³⁴ «Los hijos del Rey que no tengan la condición de Príncipe o Princesa de Asturias y los hijos de este príncipe o princesa serán infantes de España y recibirán el tratamiento de Alteza Real. Sus consortes, mientras lo sean o permanezcan viudos, tendrán el tratamiento y honores que el Rey, por vía de gracia, les conceda en uso de la facultad que le atribuye el apartado f) del artículo 62 de la Constitución».

³⁵ Como ejemplo significativo de esto último tenemos el caso del segundo esposo de la reina regente María Cristina de Borbón, D. Agustín Fernando Muñoz y Sánchez, a quien el 23 de junio de 1844 otorgó, en nombre de su hija la reina Isabel II, el Ducado de Riánsares, con Grandeza de España (MATILLA TASCÓN, Antonio. «La real herencia del Duque de Riánsares». *Hidalguía*, 175 (1982), pp. 797-831).

Sin embargo, de la redacción última del mencionado precepto no sería posible deducir la posible adopción de alguna de estas fórmulas tradicionales como recompensa honorífica del esposo o esposa de una infanta o infante de España que acudía al desposorio, presumiblemente, en grado de notoria desigualdad honorífica respecto de su cónyuge. En el mismo se habla de «tratamiento y honores», que en ningún caso podremos interpretar como el reconocimiento a poder ostentar una «condición» o título honorífico, como fácilmente podemos comprobar hasta en el encabezamiento del mismo precepto. Es más, entendemos que dicho tratamiento otorgado por el monarca no debería de ir más allá –como tendremos ocasión de destacar cuando abordemos seguidamente el tema de los tratamientos de los hijos de los infantes– del reconocimiento de la prerrogativa de ser enunciados protocolariamente como Excelentísimo/as Sr./as, si nos atenemos a la práctica habitual en nuestros días en estos temas, aunque sin que podamos descartar del todo el posible recurso a cualquiera otro de los tratamientos históricamente actuados en el seno de la Casa Real y otorgados, en ocasiones, como gracia privilegiada (caso del de «Serenísimo Señor»³⁶).

3.2. Infantes de Gracia o de Privilegio

El tenor del artículo 3.2. del Real Decreto 1386/1987 supone la recuperación de la figura institucional monárquica del infante de Gracia o de Privilegio cuando preceptúa que el rey podrá agraciarse con la dignidad de Infante «a aquellas personas a las que juzgue dignas de esta merced por la concurrencia de circunstancias excepcionales».

Semejante dignidad había sido instaurada, frente a dictamen contrario de la Real Academia de la Historia como ya hemos enunciado, por el rey Carlos III, en virtud de Real Decreto de 8 de octubre de 1765, con el fin de otorgar tal condición y tratamiento a su sobrino carnal, el príncipe Fernando I de Borbón, duque de Parma y Piacenza, nieto del rey Felipe V de España.

Posteriormente el rey Carlos IV por Real Orden de 21 de septiembre de 1794, dejando de lado la excepcionalidad de la medida adoptada por su padre, vino a «confirmar y declarar por acreedores al título de Infantes

³⁶ Don Juan José de Austria (1629-1679), hijo bastardo del rey Felipe IV, constituye el único vástago extramatrimonial que será reconocido por el soberano. Lo fue mediante Real Cédula de 16 de mayo de 1642, otorgándole el apellido real, además de Casa, criados y el tratamiento de «Serenidad» (RUIZ RODRÍGUEZ, Ignacio. *Don Juan José de Austria...*, pp. 55-59); MAURA Y GAMAZO, Gabriel. *Carlos II y su corte: ensayo de reconstrucción biográfica. 1669-1679*. 2 v. Madrid: Librería de F. Beltrán, 1911-15, tomo I, pp. 175-176).

a los nietos de Su Majestad»³⁷ en lo sucesivo. El carácter general de esta Real Orden, al sobrepasar los límites de las personas que por derecho tenían esta calidad, le hacía de hecho extensiva a todos los hijos e hijas que tuvieran, o llegaran a tener, todos los hijos e hijas, a su vez, del propio Carlos IV.

Dejando de lado el exiguo periodo de vigencia del artículo 204 de la Constitución de 1812, por el que se vino a prohibir expresamente que la condición y el tratamiento de infante de España pudiera extenderse «a otras personas» que no fueran los hijos e hijas del rey y del príncipe de Asturias –exactamente, para un primer periodo de vigencia, desde el 19 de marzo de 1812 y hasta el 4 de mayo de 1814; para un segundo, desde el 10 de marzo de 1820 y hasta el 1 de octubre de 1823; y, finalmente, desde el 13 de agosto de 1836 al 18 de junio de 1837–, la Real Orden de 21 de septiembre de 1794 vendrá a ser actuada de continuo por los reyes de España, sin reservas, hasta el año 1931.

Entre ambas opciones pues –una de reconocimiento *cuasigeneral* de la dignidad y otra de reconocimiento restrictivo o reducido al ámbito de los hijos del rey y del príncipe de Asturias–, la dinastía se decantó por aquella que estableciera el rey Carlos III en 1765, aunque concebida como una prerrogativa regia de concesión privilegiada en favor de personas que no la poseían por nacimiento y no necesariamente vinculados con el otorgante por lazos de consanguinidad, sino de familiaridad en sentido amplio.

El Real Decreto de 29 de mayo de 1922 por el que se crea el Registro del Estado Civil de la Familia Real de España, como anejo al ya existente de la Real Familia, al objeto de inscribir los actos de estado civil de Príncipes reales ligados por vínculos de parentesco con la Casa Real española, enunciará, por vez primera, esta dignidad graciosa como infantes de España «por concesión Real», a unir a la categoría tradicional de infantes de España «por nacimiento» (artículo 1.º del Real Decreto).

En todos los casos tales concesiones del título de Infante de Gracia –y a diferencia del título de Infante de España por nacimiento– deberán formalizarse a través del instrumento jurídico del Real Decreto, siempre roborado por el rey y refrendado por el presidente del Gobierno o ministro competente.

A la vista de las concesiones históricamente otorgadas por los monarcas españoles de los siglos XIX y XX, podemos clasificar las mismas

³⁷ PORTELL, R. *Infantes de Gracia...*, p. 97.

siguiendo a Portell Pasamonte³⁸ y en atención al procedimiento utilizado para su efectivo otorgamiento, en las siguientes:

- 1.– Concesiones individuales y colectivas del título de Infante a nietos de reyes: mediante Real Decreto, habitualmente antes del nacimiento del beneficiario (caso de las individuales) o a todos los futuros hijos de un determinado matrimonio (colectivas)³⁹.

Las dignidades colectivas de Infante se solían otorgar habitualmente a todos los hijos por nacer de un determinado matrimonio. Así, por ejemplo, ocurrió con los hijos del infante don Francisco de Paula de Borbón (1794-1865), con ocasión de su matrimonio con Luisa Carolina Carlota de Borbón-Dos Sicilias, por Real Decreto del rey Fernando VII de 28 de noviembre de 1823⁴⁰.

³⁸ IBÍDEM, *passim*.

³⁹ Entre las múltiples concesiones individuales que acaecieron desde el reinado de Carlos III, recogeremos la realizada por la reina Isabel II a favor de su sobrina doña María de las Mercedes de Orleáns y Borbón (1860-1878), futura esposa del rey Alfonso XII, por Real Decreto de 21 de mayo de 1860: «Queriendo dar una nueva prueba de cariño a mi muy querida Hermana la Infanta Doña María Luisa Fernanda y a su esposo el Infante D. Antonio María Felipe Luis de Orleáns, Duque de Montpensier, vengo en disponer que el Príncipe o Princesa que diere a luz mi dicha Hermana en su próximo parto, goce las prerrogativas de Infante de España; y mando que se le guarden las preeminencias, honores y demás distinciones correspondientes a tan alta jerarquía. Dado en Aranjuez, a veintiuno de Mayo de mil ochocientos sesenta» (PORTELL, R. *Infantes de Gracia...*, p. 101).

⁴⁰ «Artículo Único. El Rey, nuestro Señor, se ha servido dirigir a su Primer Secretario de Estado y del Despacho el Decreto siguiente: Teniendo en consideración que por la declaración hecha en 8 de octubre de 1765 resolvió mi augusto Abuelo el Señor don Carlos III se titulase Infante duque de Parma su sobrino don Fernando, como lo había sido la Archiduquesa doña María Isabel de Parma, en el reinado de los Señores D. Felipe V y don Fernando VI, en el concepto de Nieta de Rey, y según algunos ejemplares antiguos, de que consta haberse dado tal título a algún hijo de Infante; vistas las declaraciones de 26 de agosto de 1795, relativas al tratamiento del Príncipe D. Luis, heredero de Parma, y a los hijos que tuviese en su matrimonio con la Infanta doña María Luisa, hoy Duquesa de Luca, mi querida Hermana, en las que se cita la resolución del Señor Don Carlos III de 18 de febrero de 1785, que expresa que los hijos del Infante don Gabriel gozarían la denominación, tratamiento y honores de Infantes, por ser Nietos de S.M.; finalmente, la de 8 de diciembre de 1817, por la que dejando en su fuerza y vigor lo decretado por mi augusto Abuelo, acordé se guardasen como a tales Infantes las distinciones correspondientes a tan jerarquía a los hijos que Dios concediese en su matrimonio a los Infantes D. Carlos y doña María Francisca, mis queridos Hermano y Sobrina, he venido en resolver que se haga lo mismo con los hijos tenidos o que tuviesen en su matrimonio los Infantes D. Francisco y Doña María Luisa Carlota, mis queridos Hermano y Sobrina. Tendréislo entendido, y dispondréis lo necesario a su cumplimiento» (PORTELL, R. *Infantes de Gracia...*, p. 108).

- 2.- Concesión del título de infante al cónyuge de las infantas natas (salvo en caso de matrimonio morganático)⁴¹.
- 3.- Concesiones especiales del título de infante: cuando no concurrían ninguna de las dos circunstancias precedentes (ser nieto de Rey o contraer nupcias con Infante de España), sino única y exclusivamente razones de vinculación familiar más o menos estrecha⁴².

Igualmente, al ser una gracia real, podía ser objeto de desposesión por parte del monarca e, igualmente, de rehabilitación llegado el caso, a criterio del monarca⁴³.

En la actualidad, el Real Decreto de 1987 ha procedido a rehabilitar esta figura tal y como históricamente se había venido definiendo. Su Majestad el Rey Juan Carlos I ha otorgado hasta el momento tan solo un único título de Infante de Gracia en la persona de S.A.R. don Carlos de Borbón-Dos Sicilias y Borbón-Parma, por Real Decreto 2412/1994, de 18

⁴¹ Con ocasión de su matrimonio con la infanta Luisa Fernanda, hija del rey Fernando VII y hermana de la reina Isabel II, se procedió al otorgamiento por S.M. de la dignidad de Infante de España a D. Antonio María Felipe Luis de Orleans (1824-1890), duque de Montpensier, su esposo, por Real Decreto de 10 de octubre de 1859: «Queriendo dar una nueva prueba de mi cariño a mi hermana la Infanta Doña María Luisa Fernanda y a su esposo D. Antonio María Felipe Luis de Orleans, Duque de Montpensier, Vengo en conceder a este los honores y prerrogativas de Infante de España, y mando que por tanto se le guarden las preeminencias y demás distinciones correspondientes a tan alta jerarquía» (IBÍDEM, p. 110).

⁴² Don Fernando Carlos de Parma (1823-1854), duque de Parma como Carlos III, no era nieto de rey, sino hijo del infante D. Carlos Luis (1799-1883), duque de Parma, y de María Teresa de Saboya (1803-1879). Por Real Decreto de 27 de octubre de 1852 se le otorgó la dignidad de Infante de España por la reina Isabel II: «Queriendo dar una prueba de Mi Real aprecio a Mi muy querido Primo D. Fernando Carlos de Borbón, Duque de Parma, Vengo en concederle las prerrogativas de Infante de España, y mando que se le guarden las preeminencias, honores y demás distinciones correspondientes a tan alta jerarquía».

De esta misma naturaleza es el título de Infante de España otorgado por S.M. el rey D. Juan Carlos a favor de S.A.R. D. Carlos de Borbón-Dos Sicilias y Borbón-Parma, hijo del infante D. Alfonso de Borbón-Dos Sicilias (1901-1964) y de la infanta Dña. Alicia de Borbón-Parma (1917-), por Real Decreto 2412/1994, de 18 de diciembre (BOE, 17 de diciembre de 1994): «Las circunstancias excepcionales que concurren en Su Alteza Real don Carlos de Borbón-Dos Sicilias y Borbón-Parma, como representante de una línea dinástica vinculada históricamente a la Corona española, constituyen razones por las que le juzgo digno de la merced y Dignidad de Infante de España, por lo que, de conformidad con lo establecido en el artículo 3º.2. del Real Decreto 1368/1987, de 8 de noviembre, Dispongo: Artículo Único. Se concede la Dignidad de Infante de España a Su Alteza Real don Carlos de Borbón-Dos Sicilias y Borbón-Parma con los honores y tratamientos anejos a la citada

⁴³ PORTELL, R. *Infantes de Gracia...*, pp. 120-124.

de diciembre. Curiosamente, dignidad y tratamiento que ya gozaba, por expresa concesión del rey Alfonso XIII, con ocasión de su casamiento en 1936 con el infante D. Alfonso de Borbón-Dos Sicilias, la madre del propio D. Carlos, S.A.R. la infanta doña Alicia de Borbón-Parma y Habsburgo-Lorena (1917-), en cuyo disfrute se encuentra en la actualidad.

Respecto de una posible desautorización posterior a la concesión de uso de dicho título, el Real Decreto tantas veces invocado nada afirma. Sin embargo, al ser considerada una gracia regia, entraría dentro de las prerrogativas personalísimas que le otorga el art. 62. f de la Constitución Española y como tradicionalmente ha sido actuado en nuestro Derecho Dinástico. En todo caso, el procedimiento a seguir deberá ser el mismo que para la concesión: en virtud de Real Decreto refrendado por el presidente del Gobierno o ministro competente.

Dos eran las circunstancias que, históricamente, provocaban la destitución en los honores y consideraciones de Infante de España a un infante de Gracia: los actos de deslealtad para con S.M. el rey y el matrimonio contraído contraviniendo lo dispuesto en la Pragmática Sanción de 27 de marzo de 1776, esto es, con persona notable y manifiestamente desigual o por haberlo verificado sin permiso real.

A la condición y tratamiento de los hijos de infantes de España –o nietos del rey– se dedica el artículo 4 del Real Decreto de 1987. Sin embargo su tenor ha sido mal interpretado en no pocas ocasiones, al no tener en cuenta la doble naturaleza que informa a la dignidad de Infante.

Establece el enunciado precepto que «los hijos de los Infantes de España tendrán la consideración de Grandes de España, sin que ello dé origen a un tratamiento especial distinto del de Excelencia».

Históricamente, los nietos del rey no han tenido acceso a la condición de Infantes hasta la publicación por el rey Carlos IV de la Real Orden de 21 de septiembre de 1794, en la que se les vino a reconocer con carácter extraordinario –aunque de manera efímera–, en la medida que la concesión no era en ningún caso ni general ni automática, debiendo el monarca otorgar graciosamente tal dignidad a través de un Real Decreto en cada caso que se produjera.

Adentrándonos en el análisis del mencionado artículo, la redacción del mismo resulta, cuando menos, bastante ambigua. Por de pronto la expresión «tendrán la consideración de Grandes de España» se encuentra vacía de contenido, ya que en la actualidad los poseedores de estos títulos,

los más altos en el escalafón nobiliario, no ocupan puesto alguno en los actos oficiales (según el Ordenamiento General de Precedencias del Estado de 4 de agosto de 1983) y carecen de cualquier otro tipo de prerrogativas –excepción hecha del tratamiento de Excelentísimo/a Sr./a.– que no sean el hecho mismo de ostentar tal dignidad.

Tras el nacimiento, a día de hoy, de ocho nietos de don Juan Carlos, sigue sin definirse por parte de las altas instancias del Estado el alcance práctico de lo establecido por este precepto. En definitiva, en determinar en qué consistiría la expresión tener «la consideración» de Grande de España a efectos prácticos, ya que, como se ha podido comprobar por la fuerza de los hechos, los hijos de los infantes no son Grandes de España. ¿Deberá conllevar tan solo el tratamiento de Excelentísimo Señor, anejo en cualquier caso a tal dignidad nobiliaria? Creemos, por ahora, que sí.

4. Los títulos de la Casa Real o títulos de nobleza pertenecientes a la Casa Real

El Real Decreto 1368/1987, de 6 de noviembre dedica el artículo 6 y único de su Capítulo III (*De los títulos de la Casa Real*) a los, por él denominados, *Títulos de nobleza pertenecientes a la Casa Real*. Una manifestación más de los que el artículo 56.2 de la Constitución califica como «otros títulos que corresponden a la Corona»⁴⁴.

Dicha expresión podría inducir a error al poderse confundir –como ocurre habitualmente, por otro lado, con los hasta el momento otorgados por S.M. el Rey– con los *Títulos del Reino* o *Títulos nobiliarios* propiamente dichos.

Los Títulos del Reino o Títulos Nobiliarios serían aquellas grandezas y títulos del Reino de los que son beneficiarios ciudadanos particulares por graciosa concesión regia y su régimen jurídico se halla básicamente en la Ley de 4 de mayo de 1948 y el Decreto de 4 de junio de 1948 que la desarrolla, así como en otras disposiciones (Real Decreto de 27 de mayo

⁴⁴ Ha estudiado con enorme solvencia la naturaleza jurídica de estos títulos desde el constitucionalismo decimonónico y hasta nuestros días GARCÍA-MERCADAL Y GARCÍA-LOYGORRI, Fernando. *Los Títulos y la Heráldica de los Reyes de España...*, pp. 218-241; y de manera más extensa en *Los Títulos de la Casa Real: algunas precisiones jurídico-dinásticas. Discurso leído el día 9 de junio de 1998 en la recepción pública del Ilmo. Sr. Don Fernando García-Mercadal y García-Loygorri y contestación por el Ilmo. Sr. Don Manuel Fuertes de Gilbert y Rojo, Barón de Gavín*. Madrid: Real Academia Matritense de Heráldica y Genealogía, 1998.

de 1912; Real Decreto de 8 de julio de 1922; Real Decreto de 21 de marzo de 1980; Real Decreto de 11 de marzo de 1988).

Por el contrario, los *Títulos de la Casa Real* (impropiamente denominados por el legislador como *Títulos de Nobleza de la Casa del Rey*) nada tienen que ver con los expresados. Entre sus peculiares características que les diferencian de los Títulos del Reino o Títulos de Nobleza propiamente dichos, estarían el ser *graciables* –esto es, otorgados por Su Majestad el Rey pero forzosamente a miembros de «Su Familia», sin que existan mayores exigencias ni requisitos a la hora de decidir y acometer su otorgamiento–; *obtenidos de modo originario*, como resultado directo de la sola voluntad graciosa regia a favor de un miembro de su familia y no mediante formas derivativas de obtención como la sucesión, la rehabilitación, la cesión o la distribución del mismo; *carecer de Real Carta de concesión* –aunque no de Real Decreto creador–, al constituir más una autorización de uso del título –pues se presume que ya preexistía en el seno de la Casa Real– que una auténtica creación del título; *ser personales y vitalicios*, o lo que es lo mismo, su uso constituye un derecho no delegable en ningún caso y de disfrute exclusivo por el titular de la merced, que en ningún caso podrá autorizar su uso –ni tan siquiera por su cónyuge– o proceder a su transmisión a favor de un tercero, al ser su disfrute vitalicio nunca hereditario, reintegrándose al patrimonio regio a la hora del fallecimiento de su beneficiario.

Los títulos de la Casa Real no constituyen una novedad legal instaurada por el Real Decreto de 1987. A lo largo de la historia contamos con innumerables ejemplos de títulos de apariencia nobiliaria vinculados a la Corona, que el monarca otorgaba a miembros destacados de su Real Familia, como medio de ensalzamiento o dignificación personal cuando carecían, por ejemplo, de la titulación de Infantes de España, bien porque por nacimiento no tenían derecho a ella o bien porque la hubieran perdido en virtud de renuncia o por haber contraído casamiento desigual, o bien con el fin de dotar su Casa para asegurar de esta forma una digna y holgada vida para él y su familia.

Un valioso precedente de tales títulos lo constituyen los señoríos *dota-les* –esto es, entregados, por lo general, como dote esponsalicia– que en manos de infantes o de reinas apreciamos en la historia institucional de los reinos hispánicos. En algunos casos adoptan la denominación de *Infantazgos* –caso de los de Valladolid, Covarrubias o Valdecorneja–, por recaer preferentemente en infantes, agrupando bajo su genérica

denominación un conjunto de villas y heredades que permanecerán a lo largo de su vida bajo su control gubernativo, jurisdiccional y fiscal. En otras ocasiones, serán ciudades y villas del reino las que serán otorgadas como singulares señoríos de realengo a Infantas –caso de doña Sancha, hermana del emperador Alfonso VII, o doña Urraca, hermana de Alfonso VI, o la infanta Berenguela, hija de Alfonso VIII– o reinas –como Leonor, esposa de Alfonso VIII de Castilla, que recibirá como dote señorial un amplio elenco de ciudades o villas como Burgos, Castrogeriz, Dueñas, Amaya, Carrión, Aguilar, Osma, Medina del Campo y Peñafiel–, preferentemente. Isabel la Católica obtendrá de manos de su hermano el rey Enrique IV, en 1468, con ocasión de su nombramiento como Princesa de Asturias, las ciudades y villas de Ávila, Úbeda, Alcaraz, Escalona, Molina y Medina del Campo⁴⁵.

Como característica común a todos ellos –de forma parecida a como ocurrirá con los títulos nobiliarios de la Casa Real– se encuentra la de constituir sobre un lugar señero o destacado –una ciudad o una villa– un patrimonio fijo y estable de carácter vitalicio del que el beneficiario o beneficiaria pudiese obtener las suficientes rentas que le permitiesen una vida desahogada para el ejercicio de sus ineludibles funciones públicas. A ello se unirá también, andando el tiempo, la alta consideración honorífica que su mera tenencia reportará a su titular.

En cualquier caso, tanto el patrimonio como los títulos anejos al lugar otorgado y disfrutado por el beneficiario en virtud de tales títulos, revertirá a la Corona una vez se produzca el fallecimiento del usufructuario, al objeto de poder volver a ser otorgados a un nuevo poseedor.

Frente a esta histórica formulación, en los posteriormente conocidos como *Títulos de la Casa Real*, aquel antiguo patrimonio anejo al título desaparecerá quedando reducido tan sólo al lucimiento de una dignidad que se agota en su mera invocación y ostentación honorífica por el beneficiario.

Fueron con mucho los *pretendientes* carlistas los que realizaron un profuso e intenso uso de una serie de títulos creados *ex profeso* con tal finalidad que aunque no constituían más que un mero nombre o *nomen iuris* –sin rentas o patrimonios anejos en los que apoyarse–, guardaban estrecha relación con la finalidad última que alentaba la constitución de aquellos: dignificar o individualizar la posición del beneficiario frente a terceros, en este caso ante un ingrato exilio.

⁴⁵ MARTÍNEZ LLORENTE, Félix. *Régimen jurídico de la Extremadura castellana medieval. Las Comunidades de Villa y Tierra* (s. X-XIV). Valladolid: Universidad, 1990, pp. 314-332.

Así, el infante D. Carlos María Isidro, pretendiente carlista al trono, asumió al poco de iniciar su exilio el título de Duque de Elizondo (1833). Tras la renuncia a sus derechos en favor de su hijo Carlos (VI), asumirá el de Conde de Molina (1845). El nuevo pretendiente, Carlos (VI), adoptará el título de Conde de Montemolín (1845-1861) y su hijo, Carlos (VII), utilizó antes de recibir la herencia dinástica el de Conde de Montizón (desde 1845) y Conde de la Alcarria (hasta 1868); tras ello, el de Duque de Madrid (1868), Conde de Dicastillo (1884-1885) y Conde de Breu (1887). Jaime (III), hijo del anterior, hará uso del título de Duque de Chalvet (1909-1931) y el anciano Alfonso Carlos, hermano de Carlos (VII), que sucedió a don Jaime al frente de las pretensiones carlistas, el de Duque de San Jaime (1931). Sus especiales características han llevado en ocasiones a denominarlos como *Títulos de Incógnito* dinásticos, al haberse hecho uso preferente de ellos con tal finalidad⁴⁶.

Nuevamente el exilio, esta vez del rey Alfonso XIII y su Real Familia, será el que nos proporcione variados ejemplos de títulos de esta naturaleza. Así el condado de Covadonga será el título que pasó a utilizar el príncipe de Asturias, don Alfonso, tras la renuncia a sus derechos dinásticos en junio de 1933. O el condado de Odiel, otorgado por el rey Alfonso XIII en el exilio a Marie Solange Mesía y de Lesseps, hija de los condes de Mora, con ocasión de su matrimonio con el infante José Eugenio de Baviera, en 1933. O el de duque de Segovia, adoptado por el infante D. Jaime, segundogénito de D. Alfonso XIII, tras la renuncia a sus derechos dinásticos, el 21 de junio de 1933⁴⁷.

¿Qué títulos gozarían de la consideración, en nuestro ordenamiento jurídico vigente, de *Títulos de la Casa Real*?

En la actualidad, gozarían de la consideración de *Títulos de la Casa Real* los siguientes:

- El ducado de Badajoz, otorgado con carácter vitalicio a S.A.R. la infanta doña Pilar de Borbón y Borbón por el general Franco por Decreto 758/1967, de 13 de abril de 1967 (*BOE*, 17 de abril de 1967).
- El ducado de Soria, otorgado con carácter vitalicio a S.A.R. la infanta doña Margarita de Borbón y Borbón por S.M. el Rey Juan Carlos por Real Decreto 1216/1981, de 23 de junio de 1981 (*BOE*, 23 de junio de 1981).

⁴⁶ GARCÍA-MERCADAL, F. *Los Títulos y la Heráldica de los Reyes de España...*, pp. 302-311.

⁴⁷ GONZÁLEZ-DORIA, F. *Don Juan de España...*, pp. 91-92.

- El ducado de Lugo, otorgado con carácter vitalicio a S.A.R. la infanta doña Elena de Borbón y Grecia por S.M. el Rey Juan Carlos por Real Decreto 323/1995, de 3 de marzo de 1995 (*BOE*, 4 de marzo de 1995).
- El ducado de Palma de Mallorca, otorgado con carácter vitalicio a S.A.R. la infanta doña Cristina de Borbón y Grecia por S.M. el Rey Juan Carlos por Real Decreto 1502/1997, de 26 de septiembre de 1997 (*BOE*, 27 de septiembre de 1997).

¿Cabe el disfrute de dichos títulos por los respectivos cónyuges?

Constituye una cuestión debatida. Si nos atenemos en puridad a la redacción del Real Decreto de 1987 –por otro lado, lo único posible bajo el imperio de la ley–, el uso y disfrute de estos títulos debe ser considerado personal, es decir, exclusivo por la persona del titular del mismo, por lo que quedarían expresamente excluidos los cónyuges, no pudiendo hacer uso éstos de la mencionada dignidad.

Sin embargo, estimamos que podemos invocar dos únicas excepciones a la anterior afirmación en atención a la fecha en la que fueron otorgados: son los casos de los ducados de Badajoz⁴⁸ y de Soria⁴⁹, ya que fueron reconocidos a sus titulares con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto de 1987 que vino a declarar, de manera expresa e inequívoca, el carácter personal de los mismos.

A ello debemos añadir que por aquellas fechas –1967 y 1981, respectivamente–, se hallaba vigente el artículo 64 del Código Civil –que será eliminado en la reforma parcial del Código Civil en materia de familia que

⁴⁸ «Decreto 758/1967, de 13 de abril, por el que se concede a S.A. Doña María del Pilar de Borbón y de Borbón, con carácter vitalicio, la facultad de usar en España el título de Duque de Badajoz. En atención a las circunstancias que concurren en Su Alteza Doña María del Pilar de Borbón y de Borbón, nieta de Su Majestad el Rey Don Alfonso XIII, he tenido a bien concederle con carácter vitalicio, la facultad de usar en España el título de Duque de Badajoz. Así lo dispongo por el presente Decreto, dado en Madrid a trece de abril de mil novecientos sesenta y siete. Francisco Franco» (*BOE*, 17 de abril de 1967).

⁴⁹ «Real Decreto 1216/1981, de 23 de junio, por el que se concede, con carácter vitalicio, la facultad de usar el título de Duque de Soria a Su Alteza Real doña Margarita de Borbón y Borbón. En atención a las circunstancias que concurren en mi querida hermana, Su Alteza doña Margarita de Borbón y Borbón, y para darle testimonio de mi profundo cariño, he tenido a bien concederle con carácter vitalicio, la facultad de usar en España el título de Duque de Soria. Así lo dispongo por el presente Real Decreto, dado en Madrid a veintitrés de junio de mil novecientos ochenta y uno. Juan Carlos, R» (*BOE*, 23 de junio de 1981).

se acometa en 1981– que reconocía a ambos cónyuges los honores y preeminencias de que disfrutaba su respectiva pareja:

El marido y la mujer gozarán de los honores de su consorte, excepto los que fueren estricta y exclusivamente personales, y los conservarán mientras no contraigan nuevo matrimonio. En caso de separación legal no los perderá el cónyuge inocente.

Como quiera que el artículo 9.3 de la Constitución Española de 1978 consagra la «irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales», don Carlos Zurita –único cónyuge afectado, ya que don Luis Gómez Acebo, esposo de la infanta doña Pilar, falleció en 1991– podrá seguir titulándose, con todos los pronunciamientos legales favorables, como Duque de Soria.

El mencionado artículo 64 del Código Civil fue finalmente suprimido y derogado en la reforma que del mismo se desarrolló en julio de 1981, no existiendo desde entonces normativa que autorice expresamente o prohíba la utilización por los consortes de los honores del otro cónyuge. Así las cosas y teniendo en cuenta que lo que la ley no prohíbe está permitido, parece lógico pensar en la vigencia –esta vez por vía de costumbre socialmente actuada– de la mencionada tradición que otorga a los respectivos cónyuges la invocación de los honores destacados del otro.

Esta afirmación, sin embargo y como queda dicho, «no sería de aplicación en los casos de los Títulos de la Casa Real de Duquesa de Lugo y Duquesa de Palma de Mallorca», puesto que al haber sido otorgados en los años 1995 y 1997, respectivamente, se encuentran intrínsecamente afectados por la exigencia del Real Decreto de 1987 de un uso personal del mismo. Es más, las respectivas denominaciones que emplean los propios Reales Decretos de 3 de marzo de 1995⁵⁰ y 27 de septiembre de 1997⁵¹ para

⁵⁰ «Real Decreto 323/1995, de 3 de marzo, por el que se concede, con carácter vitalicio, la facultad de usar el título de Duquesa de Lugo a Su Alteza Real la Infanta doña Elena. En atención a las circunstancias que concurren en Mi muy querida Hija Su Alteza Real Doña Elena de Borbón, Infanta de España, con ocasión de su matrimonio y como prueba de Mi profundo afecto y cariño, He tenido a bien concederle, con carácter vitalicio, la facultad de usar el título de Duquesa de Lugo. Así lo dispongo por el presente Real Decreto. Dado en Madrid a 3 de marzo de 1995. Juan Carlos R. El Presidente del Gobierno, Felipe González Márquez» (*BOE*, 4 de marzo de 1995).

⁵¹ «Real Decreto 1502/1997, de 26 de septiembre, por el que se concede, con carácter vitalicio, la facultad de usar el título de Duquesa de Palma de Mallorca a Su Alteza Real la Infanta doña Cristina. En atención a las circunstancias que concurren en Mi muy querida Hija Su Alteza Real Doña Cristina de Borbón, Infanta de España, con ocasión de su matrimonio y como prueba de Mi profundo afecto y cariño, he tenido a bien concederle, con

con sus beneficiarios son los de «Duquesa de Lugo» y «Duquesa de Palma de Mallorca», en ambos casos, en femenino singular, lo que nos reafirma en lo acertado de nuestras interpretaciones.

Aun cuando no dudamos de que en la mente del legislador redactor del mencionado artículo 6 del Real Decreto de 1987 estuvo muy presente el deseo de dignificar la posición de los consortes de los infantes o infantas de España que hubieran acudido al matrimonio con una notoria desigualdad de sangre y de dignidad, no es menos cierto que la desafortunada introducción del término «personal» en su redacción última imposibilita la invocación de dicha dignidad y su respectivo tratamiento por parte de dichos consortes, algo que podría ser eliminado fácilmente aprovechando futuras reformas legales de su contenido normativo. Es más, redundante en esta suposición el hecho de que se otorgue a las mencionadas infantas por Su Majestad el Rey unas dignidades mucho menos solemnes e importantes históricamente que los infantazgos que ya ostentan por derecho propio, si no fuera porque en principio se tenía prevista su utilización futura por sus respectivos maridos.

Sin embargo, a pesar de su claridad, no son pocas las ocasiones en las que se ha enuncia a los esposos de las infantas Elena y Cristina con el título que sólo y exclusivamente les corresponde lucir a ellas. Hasta en la página web de la Casa Real el error se mantiene y desarrolla, trascendiendo a los más variados soportes: Felicitaciones de Navidad, impresos oficiales, comunicaciones del gabinete de prensa del palacio de la Zarzuela, son algunos ejemplos de lo expresado.

En ningún caso, aunque provenga de la propia Casa Real, cabría invocar el ejercicio reiterado de una costumbre para justificar la utilización conjunta de la gracia real por ambos cónyuges. Sabido es que en nuestro ordenamiento jurídico no cabe la costumbre *contra legem* –prohibida expresamente por el artículo 2.2 del Código Civil– y de que «los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención», tal y como dispone asimismo el artículo 6.3 de ese texto legal.

carácter vitalicio, la facultad de usar el título de Duquesa de Palma de Mallorca. Así lo dispongo por el presente Real Decreto. Dado en Madrid a 26 de septiembre de 1997. Juan Carlos R. El Presidente del Gobierno, José María Aznar López» (BOE, 27 de septiembre de 1997).

LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA. SU INFLUENCIA EN LA JUSTICIA DE MENORES

Luis Carlos Nieto García
Magistrado. Especialista en Menores

1. Un recuerdo de Juan Agustín Moro Benito, con un abrazo para sus personas queridas

Estuve pocas veces con Juan Agustín Moro Benito, pero suficientes para tener un gran recuerdo de él. Le conocí al poco tiempo de venir a Ávila como presidente de la Audiencia y las pocas veces que coincidí con él siempre tuvo un trato excepcional conmigo. Su amabilidad era una característica personal y su conversación amigable y extensa sorprendía. Su forma de ser permitía visualizar un modelo de justicia más amable, que huía de la reverencia hueca siempre recurrente en las ciudades pequeñas. Simbolizaba una ruptura en el lenguaje no verbal, esa forma de estar diferente, fuera de los corsés habituales de su cargo.

Yo estudié la carrera durante la Transición y viví la ilusión de los cambios, la libertad, la justicia. Por eso me gustó tanto conocer a Juan Agustín, era la antítesis del modelo de presidente de Audiencia de la Dictadura, «jueces aislados, envueltos en su traje negro de ceremonia» como decía la propaganda oficial del franquismo, un modelo que por cierto era frecuentemente roto por extraordinarios jueces y mejores personas que con un gran sentido de la justicia rompieron ese molde, como pudimos comprobar los que conocimos a otro gran presidente de Ávila, Luis Alonso Prieto.

Cuando nos conocimos ya había Consejo General del Poder Judicial, una Constitución que proclamaba la independencia e imparcialidad de poder judicial, y la relación con él permitía visualizar la consolidación de un nuevo tiempo que hacía atractiva la idea de ser juez.

Coincidió con Juan Agustín varias veces, normalmente con otras personas, intercambiando siempre conversaciones interesantes. Me sorprendió una mañana que me fue a visitar al trabajo. Entonces yo trabajaba en el Tribunal Tutelar de Menores, en un momento en el que aquel modelo de justicia juvenil había dado lugar a un sistema discrecional, sin garantías, sin proceso, que penalizaba la pobreza y que no soportaba ningún parámetro constitucional. El Tribunal Constitucional ya había declarado contrario a la Constitución el procedimiento de enjuiciamiento a menores en su sentencia de 14 de febrero de 2001 y estaba en trámite la Ley Orgánica 4/1992 que supuso un cambio de paradigma en el enjuiciamiento de menores.

Me fue a ver, vimos los modelos de expedientes, comentamos la situación de aquella práctica que estaba a caballo entre lo administrativo y lo jurisdiccional, la falta de recursos, la carencia de equipos técnicos y lo sombrío de aquella situación. También hablamos sobre la situación de un grupo de menores con la infancia rota, en aquella época en la que la heroína y otras drogas hacían estragos en chavales que, como en un juego diabólico, habían quedado enganchados a aquella esclavitud. Fue un rato agradable creo que para los dos, desde luego para mí mucho, y como después sucedió su muerte aquel momento ha pasado a ser un privilegio que guardo conmigo como una situación especial.

El día de su muerte ya estaba en la Escuela Judicial en Madrid y por la tarde estaba dando una clase de Filosofía del Derecho en la UNED. Me fue a ver un compañero abogado también tutor en la UNED, Miguel Ángel Martín de Miguel, y me comentó la noticia y las circunstancias de su muerte. Eran todavía años de plomo y atentados, pero rápidamente confirmaron que nada tenía que ver, había sido una persona que estaba detenida en Valladolid. Sentimiento de impotencia por perder un buen hombre y un buen juez. La vida es algo tan frágil que parece mentira que alguien pueda disponer de esa manera de la de otra persona.

Cuando la actual presidenta de la Audiencia, M.^a José Rodríguez Duplá, me pidió esta colaboración de homenaje a Juan Agustín he reordenado estos momentos y especialmente aquella mañana que compartimos en el antiguo Tribunal Tutelar de Menores hablando sobre infancia y derechos, materia sobre la que trata mi pequeña aportación a este merecido homenaje.

Desde aquí solo me queda trasladar un abrazo sincero y muy fuerte a la familia, amigos y personas queridas de Juan Agustín, en memoria del gran recuerdo que me dejaron los pequeños ratos que tuve ocasión de compartir con él.

2. La internacionalización de los derechos humanos y su efecto en las legislaciones internas. La Convención de Derechos del Niño

El proceso de internacionalización de los derechos humanos que se desarrolla en Europa, esencialmente en la última mitad del siglo XX, ha influido de forma determinante en los sistemas constitucionales europeos a través de las cartas de derechos que se han proclamado y ha concluido en una especie de pie forzado de reconocimiento de derechos humanos para las legislaciones internas.

Las cartas internacionales de derechos han contribuido al desarrollo del concepto de «legalidad exigente», que impide un desarrollo normativo que colisione con las tablas de derechos y que impone una tendencia a articular la legalidad dentro de un sistema constitucional cuya parte dogmática son los catálogos de derechos fundamentales que sitúan en la base de todas las categorías de derechos humanos el concepto de dignidad como elemento de extensión y reconocimiento de esos derechos a todas las personas. Esa legalidad estaba enmarcada en sistemas constitucionales estables que interrelacionaban el Estado Social con el Democrático y con el de Derecho, que han dado una estabilidad a ese planteamiento con un gran pacto que surge en la posguerra mundial a partir de 1945 y al que España se incorpora con la Constitución de 1978. El desarrollo de estos sistemas constitucionales ha permitido la inclusión de catálogos de derechos humanos en los ordenamientos jurídicos internos que han ido configurando una legalidad en sintonía con estos derechos, en nuestro caso concreto a través de la incorporación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se produce a partir de los años ochenta. La tendencia positiva en la tensión creadora del Derecho se articulaba sobre la identificación entre la legalidad y las tablas de derechos humanos, tanto las constitucionales como las de los tratados internacionales (la similitud entre las mismas provocó el conocido debate constituyente en nuestro país sobre la necesidad de recoger una tabla concreta de derechos en la propia Constitución o bien hacer una referencia normativa a los tratados internacionales, que se saldó con la incorporación a nuestro texto constitucional de un catálogo de derechos y una remisión interpretativa a los tratados). Se puede concluir que las declaraciones de derechos humanos han ido impregnando de contenido nuestra legislación interna. Esto ha sido especialmente importante en la jurisdicción de menores donde la aplicación de la Convención de Derechos del Niño ha sido determinante, como se pasa a analizar.

3. La internacionalización de los derechos de la infancia

El 20 de noviembre de 1989, por unanimidad, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Convención de los Derechos del Niño, reafirmando una protección especial para los derechos de los menores con el fin de intervenir en la mejora de las condiciones de la infancia en todo el mundo. Se estaba poniendo la pared maestra de un sistema jurídico de protección a la infancia que ha ido influyendo e introduciendo parámetros de protección en las legislaciones internas de los países, incluso de una forma más importante que lo que en aquel momento los miembros de la propia Asamblea podían prever.

También es importante resaltar que aunque la Convención manda a los Estados proteger a los menores nacionales de sus Estados la opción es universal y los derechos recogidos son aplicables a todos los menores independientemente de su nacionalidad, como claramente se recoge en el art. 2.º de la Convención, que obliga a los Estados partes a respetar los derechos enunciados en la Convención

a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

La integración normativa a través de la Convención de Derechos del Niño ha sido clave en Europa en un momento en el que los nuevos protagonistas de los procesos migratorios en el marco internacional están siendo menores de edad que no tienen ningún adulto encargado de su custodia y que vienen a nuestros países normalmente en condiciones de riesgo y desamparo importantes. Estamos ante un sistema de obligaciones internacionales previsto para la defensa de los derechos, que consagra el carácter supraestatal de los derechos y que obliga a establecer garantías idóneas para tutelarlos, incluso en contra de políticas administrativas coyunturales de los Estados. Estamos hablando de derechos y de su tutela para así «tomar en serio los derechos tal y como vienen proclamados en nuestras constituciones y en la declaraciones internacionales» como dice el profesor Ferrajoli.

Esto es lo que ha sucedido en el ámbito de la protección a la infancia donde la comunidad internacional se ha dotado a través de un proceso histórico complejo de unas normas de obligado cumplimiento, que vinculan a los Estados y que son derechos que operan al margen de la

ciudadanía o de la nacionalidad del menor por haberse proclamado la universalidad de esos derechos.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño es la herramienta clave en la estructuración del cuerpo de doctrina de los derechos de la infancia y hoy se puede afirmar que es el primer tratado universal y multilateral que, de forma general, no exhaustiva en cuanto a los detalles, establece el reconocimiento internacional de los derechos del niño como ser humano y compila estos derechos humanos adaptándolos a las características y necesidades del niño. No estamos ya ante una declaración de principios como lo fueron sus instrumentos precedentes (la Declaración de Ginebra de 1923 aprobada por la quinta Asamblea General de la Sociedad de Naciones y la Declaración de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959) sino ante una Convención que vincula legalmente a todos los Estados que la ratifiquen.

Estamos ante un paso fundamental, no solo por el hecho de que se recoja en la Convención un catálogo de derechos de los menores sino por la fuerza de obligar que tiene la propia norma además de la importancia que ha tenido para que se modifique en los Estados la legislación interna. El entonces presidente de la Asamblea General de Naciones Unidas después de la aprobación de la Convención, Joseph N. Gorbe dijo:

los derechos del niño han dejado de ser una declaración de intenciones para llegar a ser una norma de obligado cumplimiento en la legislación internacional, todos nosotros debemos convertir las promesas de la Convención en una realidad en cualquier parte del mundo.

La fuerza de obligar a los Estados parte fue una de las características más destacadas con la aprobación de la Convención.

Y esta internacionalización de los derechos de los menores es la base normativa e interpretativa ante las situaciones de la infancia en conflicto.

En España el Derecho interno ha trasladado los derechos que se contienen en la Convención a través de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor (en adelante LPJM) y a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores de 12 de enero de 2000 (en adelante LORRPM), como instrumentos jurídicos básicos.

4. Fundamento y origen de la justicia de menores

Si la historia del Derecho Penal moderno ha sido la de los límites a la potestad del Estado de ejercer el derecho a castigar, la esencia de la justicia de

menores es evitar la aplicación a los adolescentes y jóvenes del contenido de ese derecho. Sacar a los menores del ámbito del Derecho Penal ha sido el fundamento y la génesis histórica de la justicia de menores. Evitar que la maquinaria de la sanción penal se instale en personas que se encuentran en un periodo muy temprano de su desarrollo evolutivo, precisamente por motivo de su edad, ha sido la razón de ser de la jurisdicción de menores.

Todo esto supone elaborar unos principios propios, distintos de los del Derecho Penal de adultos, para dar respuesta a los menores de edad que han cometido un hecho delictivo. Por tanto, los principios de prevención general, proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la pena como eje esencial del sistema deben ceder ante los principios específicos de la jurisdicción de menores: carácter educativo de toda medida y del procedimiento, intervención mínima, reeducación del menor, flexibilidad en la adopción y ejecución de la medida e interés superior del menor.

Al ser una jurisdicción diferente la respuesta que dé tiene que ser distinta de la penal y debe centrarse en prevenir futuros comportamientos delictivos del menor. El fin debe ser recuperar al menor para la sociedad. Sin embargo, en nuestra experiencia histórica, en lo que llevamos de siglo, la tendencia parece haberse invertido y la justicia de menores se está apartando de su finalidad básica y se está aproximando cada vez más a los parámetros propios del Derecho Penal de adultos.

Antes de entrar a analizar la evolución legislativa de la justicia de menores en lo que va de siglo hay que hacer una serie de precisiones sobre la confusión de lógicas que se suelen dar cuando hablamos de menores y jóvenes que han cometido un delito y el tratamiento informativo de la criminalidad, por la importancia que tienen estas dos cuestiones en las reformas legales, en las habidas y en las propuestas.

En cuanto a la primera cuestión puede afirmarse que estamos en un ámbito de intervención en el que la interrelación de parámetros sancionadores y educativos y la mezcla de principios diferentes hacen especialmente complejo su análisis por ser un lugar donde la confusión del lenguaje es especialmente acusada, con la siempre aparente colisión de lógicas entre la educación y la sanción, que hace que los sentimientos sociales puedan ser manejados de forma muy ambivalente ante la opinión pública. La misma situación de un grupo de menores, dependiendo de la forma en que se presente, puede despertar sentimientos de compasión o de rechazo, con la importancia que esto tiene para asentar un modelo de justicia de menores respetuoso con sus principios.

En segundo lugar debe ponerse de manifiesto que nos encontramos ante un territorio especialmente sensible a los medios de comunicación. El tratamiento informativo de la criminalidad de menores y jóvenes es muy importante pues existe una aparente contradicción entre un mantenimiento de las cifras reales de delincuencia juvenil y el crecimiento de la preocupación general de la sociedad por la delincuencia y el miedo al delito.

Estamos, por tanto, ante un fenómeno complejo, en cuyo análisis no siempre prima el rigor basado en datos empíricos para dar respuesta a problemas reales, sino que existe una tendencia a legislar simbólicamente como respuesta a campañas mediáticas. El profesor de Derecho Penal, Díez Ripollés, en su libro *La racionalidad de las leyes penales* analiza pormenorizadamente este problema, critica la frecuencia con la que se legisla simbólicamente y afirma que con esta forma de hacer «se da por buena una visión simplificada y superficial de la realidad social y de las consecuencias de su intervención en ella, en directa contradicción con la progresiva complejidad de nuestras sociedades».

Esta tendencia a legislar en clave de retribución y de respuesta a supuestas demandas sociales de firmeza con el delito ha estado presente en todas las reformas que se han introducido en la vigente Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores, como después se analizará.

5. El interés superior del menor como principio fundamental de la protección a la infancia

El «interés superior del menor» es un principio de tal trascendencia para cualquier intervención de la justicia en materia de menores que sin él no sería posible adoptar resoluciones judiciales que hagan efectivos los derechos de los menores. La propia Convención consagra este principio en su art. 3:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño.

Aunque la traducción literal sería «mejor interés del niño» se ha acuñado la expresión «interés superior de menor» como expresión aceptada en la legislación y en la práctica de los tribunales.

Al estar en presencia de un concepto jurídico indeterminado hay que establecer criterios de aplicación y ponderación que eviten un uso

arbitrario de un principio que debe tener plena vigencia a pesar de que en las legislaciones internas se esté haciendo un desarrollo desigual y muy limitado de este principio que está siendo invadido por principios del derecho de adultos. La indeterminación del concepto no significa que no existan indicadores que hagan posible establecer en cada caso concreto cual sea el interés superior del menor. Existen unos indicadores básicos que son los principios rectores de la Convención como instrumentos fundamentales de análisis, pero es precisamente la propia indeterminación del término la que exige conocer la situación individualizada de forma exhaustiva, identificando todos los derechos de los menores que están afectados y así poder concretar la solución que más se ajusta a la promoción y respeto de los derechos de esos menores. Consecuentemente con esto es preciso abordar los casos de forma individualizada como elemento esencial de detección del interés superior del menor.

El interés superior del menor constituye un instrumento técnico que permite a los jueces y fiscales apreciar ese «interés» en el caso concreto después de apreciar las circunstancias del mismo y debe constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, precisamente destinado a la protección del menor. No influye en la configuración de este principio el hecho de que sea un concepto flexible, evolutivo y configurado por contingencias particulares que, además, permiten el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo. Tanto el Derecho internacional como el interno tienen positivizado este principio que va a informar y determinar las consecuencias jurídicas de la aplicación de las normas. Por tanto la clave para determinar el superior interés del niño nos la va a dar a Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, que proclama este principio como primordial en la intervención con los menores, incluyendo cuando la intervención es a través de los juzgados y tribunales.

También la Regla 5.^a de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas Mínimas de Beijing) da otro criterio para apreciar cuál sea este interés al establecer expresamente que la respuesta del sistema de justicia de menores ha de ser proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito.

Estas normas configuran un estatuto internacional de derechos del menor y han sido recibidas en nuestro Derecho interno a través del art. 2 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, que prioriza este

principio sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir en la decisión, incluida la judicial, complementándose con el otro pilar básico de esta rama del Derecho que es el carácter educativo de las medidas que se adopten, principio general de los derechos de los menores que es acogido íntegramente por la LORRPM a través de la cláusula general de remisión que se contiene en el art. 1.3 de esta última ley. Además en la Exposición de Motivos, desarrolla este principio de una forma similar a como lo hace la Convención, primando «como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el interés superior del menor», que ha de ser valorado

con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas, sin perjuicio desde luego de adecuar la aplicación de las medidas a principios garantistas generales tan indiscutibles como el principio acusatorio, el principio de defensa o el principio de presunción de inocencia.

Este principio o «estándar jurídico» valorativo ha impregnado la LORPM, hasta tal punto de que no sería entendible esta norma en su conjunto, si no fuera por la influencia que ha tenido en ella el interés superior del menor.

El principio tiene plasmación en la norma jurídica concreta y solo así son entendibles los actuales artículos 13, 40 y 51 de la LORPM, que permiten la modificación de la medida como criterio general «siempre que la modificación redunde en el interés del menor», o la suspensión de la ejecución del fallo en la propia sentencia o por auto motivado cuando esta sea firme (art. 40 LORPM), o la sustitución de las medidas durante la ejecución por otras que se estimen más adecuadas (art. 51.1 LORPM).

Esta regulación es un botón de muestra de cómo el principio que estamos analizando permite ir adaptando la medida a las necesidades educativas y de socialización del menor, modificaciones y sustituciones de medida en las que, no solo va a intervenir el Ministerio Fiscal y el letrado del menor como garantía jurídica, sino que va a tener gran importancia el informe del equipo técnico (art. 27 LORPM), pieza clave para valorar la adaptación de las medidas y el interés superior del menor. También el principio se positiviza en el sistema de diversión o solución extrajudicial con fundamento en el principio de oportunidad, que faculta al Ministerio Fiscal para desistir de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar o para desistir de la continuación del expediente por sobreseimiento del mismo por conciliación o reparación.

Evidentemente la consideración positiva de este principio supone que no pueda aplicarse como un «cajón de sastre» para que el juez tome decisiones arbitrarias o para dar respuestas irrisoriamente desproporcionadas entre la realidad de unos hechos y su consecuencia, pero creo que si se hiciera un análisis de la aplicación judicial de este principio veríamos que la jurisdicción de menores ha hecho un uso muy moderado del mismo y que el principio de proporcionalidad (que es con el que se pretende contrapesar el de interés superior del menor) no está planteando problemas en la aplicación práctica. En todo caso, nuestras sentencias «pecarían» (por nuestra propia formación jurídica) de ser excesivamente proporcionadas entre los hechos y los efectos jurídicos.

Además existen referencias internacionales sobre la interpretación del principio del «interés superior del menor» como las que se contienen en las Directrices del Consejo de Europa sobre una justicia adaptada a los niños, centradas en garantizar la primacía del interés del menor con los siguientes parámetros:

- Tener en cuenta las opiniones de los menores que deben ser ponderadas en el proceso.
- Respeto a la dignidad, a la libertad y a la no discriminación.
- La aproximación al menor debe ser integral por parte de todas las autoridades implicadas para tener en cuenta todos los intereses en juego, incluyendo los intereses legales, sociales y económicos.
- El interés de cada menor debe realizarse de manera individual y equilibrada cuando en un mismo proceso hay implicados varios menores.

Se puede afirmar que se está dando una situación de tensión entre el reconocimiento y expansión del principio del interés superior del menor en el ámbito internacional y su aplicación práctica en el ámbito interno.

6. De la versión original Ley Orgánica 5/2000 a la redacción actual de la Ley Orgánica 8/2006

La tendencia actual que intenta introducir parámetros de Derecho Penal de adultos en la jurisdicción de menores se puede apreciar en las reformas habidas desde que se aprobó la ley actual de responsabilidad penal de los menores, y esto es lo que se analiza en este epígrafe.

El punto de partida para analizar la actual situación es la LO 5/2000, que introdujo un nuevo paradigma en la justicia de menores y que se

aprobó con un gran consenso social y doctrinal pues recogía la jurisprudencia que sobre la materia había elaborado el Tribunal Constitucional. Sin embargo su elaboración coincidió con delitos especialmente graves y con una escalada de acciones terroristas y no era el mejor escenario para poner en práctica la filosofía de la nueva ley que ya partía con una campaña muy fuerte en contra por parte de algunos medios de comunicación. Hasta tal punto fue la presión que incluso durante el periodo de *vacatio legis* de un año que preveía la disposición final séptima de la ley se produjeron las primeras reformas. En ese momento, la entonces vocal del Consejo General del Poder Judicial, Esther Giménez-Salinas, ante las críticas que recibía la ley, escribía que era preciso dar un margen de tiempo para saber si tras su entrada en vigor había aumentado, disminuido o permanecía igual la delincuencia juvenil y afirmaba que

solamente en el caso de que se demostrara que esta Ley ha supuesto un importante incremento de la delincuencia juvenil, estaríamos legitimados para modificarla y, por el contrario, si disminuye o incluso permanece igual, tendríamos que aceptar que si infringiendo menos dolor estábamos frente a resultados parecidos, la Ley de momento podría considerarse un acierto.

A pesar de estas peticiones de tiempo para poder evaluar los resultados del modelo y que se pudieran llevar a cabo los estudios empíricos correspondientes que posibilitaran un estudio y valoración de la Ley, mayoritarias en la doctrina científica, las primeras reformas llegaron antes de la entrada en vigor de la ley a través de las Leyes Orgánicas 7/2000 de 22 de diciembre de reforma del Código Penal y la LORPM en relación con los delitos de terrorismo y la 9/2000 también de 22 de diciembre sobre Medidas Urgentes para la Agilización de la Administración de Justicia.

La justificación de estas reformas –se afirmaba en las Exposiciones de Motivos–, era conciliar los principios de la Ley (reforzar su aplicación llega a decir la de la LO 7/2000) con «otros bienes constitucionalmente protegidos». Básicamente con las modificaciones se altera la competencia para conocer de los recursos de apelación que pasa de estar residenciada en una sala especializada de los Tribunales Superiores de Justicia a las secciones penales de las Audiencias Provinciales, por la modificación del art. 41 de la ley (art. 5 de la LO 9/2000) con la consiguiente introducción de parámetros penales en la jurisdicción de menores y se prolongan los plazos de internamiento en centro cerrado que se elevan hasta un máximo de 5 años para los menores de 16 años y de 10 para los menores de 18 en los delitos terrorismo y de 4 a 8 años respectivamente para los

delitos más graves como homicidio, asesinato o violación, según la Disposición Adicional 4.^a que introduce la LO 7/2000. En la aplicación práctica de estas reformas y en cuanto a la estructura de los principios de la jurisdicción de menores han tenido especial trascendencia los límites impuestos a estos menores (autores de delitos comprendidos en la disposición adicional cuarta) que impiden que puedan beneficiarse de las posibilidades de modificación, suspensión o sustitución de las medidas conforme a los art. 13, 40 y 51 de la LORPM hasta que haya transcurrido la mitad del «cumplimiento» de la medida de internamiento impuesta. Es evidente que esta previsión legal no es compatible con las posibilidades educativas y de adaptación de la medida a la evolución del menor que es la piedra angular del sistema de la ley.

La tercera reforma modifica el art. 25 de la LORPM generalizando en el proceso de menores la figura, ajena a esta jurisdicción, de la acusación particular e introduce una disposición adicional 6.^a, en clara contradicción con los principios de la LORPM. Estas modificaciones lo son por LO 15/2003 de 25 de noviembre de reforma del Código Penal y de la LORPM, y aquí ya si que se contiene una filosofía de clara desconfianza hacia el modelo de la LORPM y que apunta a criterios retributivos. Literalmente la disposición adicional 6.^a dice que

evaluada la aplicación de esta LO, oídos el CGPJ, el Ministerio Fiscal, las Comunidades Autónomas y los grupos parlamentarios, el Gobierno procederá a impulsar la medidas orientadas a sancionar con más firmeza y eficacia los hechos delictivos cometidos por personas que, aun siendo menores, revistan especial gravedad, tales como los previstos en los arts. 138, 139, 179 y 180 del Código Penal. A tal fin, se establecerá la posibilidad de prolongar el tiempo de internamiento, su cumplimiento en Centros en los que se refuercen las medidas de seguridad impuestas y la posibilidad de su cumplimiento a partir de la mayoría de edad en Centros Penitenciarios.

Aparte de la curiosa forma de legislar que se contiene en esta disposición y la contradicción que necesariamente existe entre evaluar la aplicación de una ley y fijar ya las consecuencias de ese análisis que todavía no se ha producido (prolongar el tiempo de internamiento, cumplimiento en centros con medidas de seguridad reforzadas y cumplimiento a partir de la mayoría de edad en centros penitenciarios) lo cierto es que esta reforma ha sido una cuña en el modelo por el que apuesta la LO 5/2000 y supone una quiebra importante para los principios sobre los que se asentaba aquel.

Finalmente la Ley Orgánica 8/2006 de 4 de diciembre, última reforma de calado habida en materia de justicia de menores, insiste en introducir

criterios de prevención general y de Derecho Penal de adultos en la jurisdicción de menores. Esto se puede ver ya en la propia Exposición de Motivos de la Ley que fundamenta la reforma precisamente en el supuesto mandato legal que se contiene en la disposición adicional 6.^a (introducida por la LO. 15/2003 de 25 de noviembre de reforma del Código Penal y de la LORPM) y que en una técnica legislativa llamativa refiere que el Gobierno deberá impulsar medidas para sancionar con más eficacia y firmeza hechos cometidos por menores y define las líneas básicas de futuros proyectos legislativos: Prolongación del tiempo de internamiento con reforzamiento de las medidas de seguridad impuestas y posibilidad de cumplimiento a partir de la mayoría de edad en Centros Penitenciarios.

Pues bien, la Disposición Adicional 6.^a invocada, desde mi punto de vista, no contiene ningún mandato legal sino que en una técnica legislativa criticable manda al legislador analizar las posibilidades de reforma en función de los resultados de la Ley. Sí es cierto que la disposición adicional señala el sentido en el que debe de hacerse esa reforma, lo cual no deja de ser contradictorio con la valoración de los resultados que deben hacerse previamente, y que sería en dirección hacia unos criterios retributivos, ejemplarizantes y basados en el principio de prevención general. Retomar esta filosofía es un paso atrás en la elaboración de un nuevo Derecho de Menores que permita la gestión educativa de las medidas y evidentemente un índice más bajo de reincidencia que otros sistemas «más duros».

Además, se invocó como causa de la reforma el que

las estadísticas revelan un aumento considerable de delitos cometidos por menores, lo que ha causado gran preocupación social y ha contribuido a desgastar la credibilidad de la ley por la sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas y frecuentemente cometidas por estos menores.

Esta premisa, el incremento considerable de delitos cometidos por menores, no está acreditada por ningún estudio empírico y no hay ninguna referencia a esos datos que fundamente una reforma de esta trascendencia. Todos los datos del Ministerio del Interior, Fiscalía General del Estado y del Consejo General del Poder Judicial indicaban una estabilización del número de delitos cometidos por menores, en ningún caso un incremento.

En definitiva, la verdadera razón de la reforma no fue tanto hacer frente a un incremento de la delincuencia de menores y jóvenes, que no se contrasta con la realidad, ni el incremento de los delitos violentos (que la propia Exposición de Motivos reconoce que no han aumentado

significativamente), ni tampoco supuestas reformas técnicas (a las que siempre se recurre) sino el cambio de modelo en la filosofía de la Ley, introduciendo criterios de Derecho Penal de adultos y que se expresa en la reforma con «el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido» (Exposición de Motivos).

Estos argumentos son los que han servido de apoyo al legislador para ampliar, una vez más, el tiempo y los supuestos de internamiento en régimen cerrado, añadiendo a los casos de comisión de delitos graves, y menos graves cometidos con violencia o intimidación o con grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas los hechos tipificados como delito que se cometan en grupo o cuando el menor pertenezca o actúe al servicio de banda, organización o asociación que se dedique a la realización de tales actividades (art. 9.2 en la actual redacción).

También se amplía la duración temporal de las medidas en el nuevo art. 10 de la ley que pasan de 2 a 3 años para los menores comprendidos en la franja de edad de 14 a 16 y de 5 a 6 para los de 16 y 17, y se mantiene el concepto de extrema gravedad (concepto que incluye la reincidencia), supuesto en el que el juez habrá de imponer una medida de internamiento cerrado de 1 a 6 años (hasta entonces 5 años), seguida de otra medida de libertad vigilada hasta un máximo de otros 5 años. Y solo se podrá modificar la medida (art 13 y 51 de la LORPM, en su actual redacción) después del primer año de cumplimiento efectivo en este supuesto.

Para los delitos más graves del Código Penal la nueva ley ha trasladado el precepto que hasta ahora estaba contenido en la Disposición Adicional 4.ª al párrafo 2.º del art. 10, manteniendo la imposibilidad de modificar, suspender o sustituir la medida impuesta hasta que haya transcurrido al menos la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta. Definitivamente ha quedado incorporado al articulado para los delitos más graves, cuando el autor tuviese 16 o 17 años, la obligatoriedad de establecer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración complementada en su caso por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años y la previsión de que solo

podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los art. 13, 40 y 51.1 de esta Ley Orgánica, cuando haya transcurrido al menos la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.

Pero lo más novedoso y llamativo de esta reforma, que afecta de forma sustancial a los principios básicos de la jurisdicción de menores, es la posibilidad del cumplimiento de la «medida» en centro penitenciario desde los 18 años excepcionalmente y desde los 21 como regla general. El art. 14 de la Ley bajo el título «mayoría de edad del condenado» contempla la posibilidad cuando el menor con medida de internamiento en régimen cerrado alcance la edad de 18 años, del cumplimiento en prisión «si la conducta de la persona internada no responde a los objetivos propuestos en la sentencia». Cuando cumpla los 21 años el juez de Menores ordenará su cumplimiento en un centro penitenciario «salvo que, excepcionalmente, entienda en consideración a las circunstancias concurrentes» que procede la modificación de la medida (arts. 13 y 51 de la ley) o su permanencia en el centro «en cumplimiento de tal medida cuando el menor responda a los objetivos propuestos en la sentencia». Asimismo, el párrafo 5.º del art. 14 establece el régimen de cumplimiento de esta medida y dice que

la medida de internamiento en régimen cerrado que imponga el juez de Menores con arreglo a la presente ley se cumplirá en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria siempre que, con anterioridad al inicio de la ejecución de dicha medida, el responsable hubiera cumplido ya, total o parcialmente, bien una pena de prisión impuesta con arreglo al Código Penal, o bien una medida de internamiento ejecutada en un centro penitenciario

conforme a las previsiones de ese artículo.

Esta posibilidad legal de sustituir una medida de internamiento con sede en el art. 7 de la LORPM por una pena de prisión evidencia la introducción de parámetros de Derecho Penal de adultos en la jurisdicción de menores. Se rompe la previsión legal del art. 5.3 LORPM (que mantiene el mismo contenido desde su redacción inicial) y que contempla como determinante de la competencia de los jueces y fiscales de Menores la edad «el momento de la comisión de los hechos, sin que el haberse rebasado las mismas antes del comienzo del procedimiento o durante la tramitación del mismo tenga incidencia alguna sobre la competencia» y se transforma una medida en pena, sin más explicaciones. Es evidente que tanto la medida de internamiento como la pena de prisión son sanciones privativas de libertad, pero su contenido difiere sustancialmente y el régimen de su ejecución es completamente distinto. Comparto, por tanto, el criterio del voto particular que formularon cuatro vocales del Consejo General del Poder Judicial al informe del anteproyecto suscrito por la mayoría de los vocales de dicho Consejo el 23 de noviembre del 2005. En el voto particular se dice que

se trata de un caso de imputabilidad sobrevenida y con efectos retroactivos que puede vulnerar principios esenciales del Derecho Penal como los de seguridad jurídica, el acusatorio, de no retroactividad de las normas sancionadoras y restrictivas de derechos, de igualdad ante la Ley (se puede ser imputable o no según el delito cometido), y amenazado de inconstitucionalidad.

En apoyo de esta afirmación el voto particular cita el fundamento jurídico 5.º de la sentencia del TC 36/91, que determina que «no hay fundamento para la sustracción de un determinado tipo de infracciones de los menores al régimen general de responsabilidad configurado por la Ley» y que

el sistema que resulta de las Convenciones Internacionales suscritas por España es el de una edad de referencia, por debajo de la cual el menor ha de ser tratado de manera distinta, sin que pueda aplicársele el régimen penal de los mayores de edad.

Es decir, para el voto discrepante la transformación del internamiento en prisión tiene un efecto sobre el tratamiento punitivo a sujetos de distinta imputabilidad que no es posible conforme a parámetros constitucionales, pues «la pena de cárcel no está prevista entre las medidas establecidas en la Ley 5/2000 para aquellos que no son imputables con arreglo al Código Penal en el momento de cometer el delito». La transformación del internamiento en prisión puede suponer que un menor que no es responsable penalmente sea «condenado a una pena de hasta diez años (art. 11.2) de cárcel (art. 14.2), ingresando en la misma inmediatamente, aun cuando la petición de la acusación sea de internamiento en centro cerrado, lo que contradice lo dispuesto en el art. 8 del Texto Legal», que consagra también para la jurisdicción de menores el principio acusatorio. Estos argumentos del voto particular llevan a considerar cuando menos como de una gran dificultad técnica desde parámetros constitucionales la transformación de una medida en una pena.

La sustitución de las medidas educativas por penas de prisión, si bien sólo en casos graves, supone un endurecimiento de la ley que va a interferir negativamente en procesos complejos de socialización de jóvenes sin conseguir una «mayor eficacia» y tiene el riesgo de perjudicar proyectos educativos muy positivos. «Mayor sanción» no lleva aparejada «mayor eficacia» y el incrementar la sobrepoblación de las prisiones con menores, tal y como prevé el nuevo art. 14, puede ser muy negativo y contribuir a consolidar esa tendencia a la prisión que conlleva legislar en clave de retribución. De hecho esta posibilidad legal está siendo aplicada de forma muy excepcional por los juzgados de menores.

En definitiva, con las reformas que se han analizado se puede apreciar como se han introducido criterios y principios del Derecho Penal de adultos que pasan a convertirse en la regla y se vacían de contenido y se dejan sin vigencia efectiva los principios básicos inspiradores de la naturaleza de la LO. 5/2000, entre ellos el interés superior del menor, la flexibilidad de las medidas y el carácter educativo de las mismas como ha quedado dicho. En definitiva se está produciendo un alejamiento de las normas internacionales que han quedado recogidas en la Convención de Derechos del Niño, una tendencia que nos aleja del proceso de internacionalización de los derechos de la infancia.

7. Situación actual. Crisis y precarización de los derechos de la infancia

La tendencia analizada en contra de la profundización de los derechos de la Convención se está viendo incrementada en estos momentos con el pretexto de la crisis (en realidad no en singular sino varias crisis que han confluído en este momento histórico), que está siendo utilizada para atacar el carácter universal de los derechos humanos. Frente al carácter universal de los derechos, que tienen su raíz en la dignidad de la persona, se está abriendo paso la tesis de la escasez de los derechos y por tanto el intento de trasladar la lógica de la economía a la lógica de la Justicia, afirmando que como los derechos son escasos hay que repartirlos y que no hay derechos para todos.

Pues bien, quizás uno de los lugares donde más temprano se notan los efectos de la crisis de los derechos es en de la exclusión social y en el ámbito de uno de los colectivos más vulnerables: los menores. Aquí tradicionalmente se han mezclado dos lógicas diferentes (la de la sanción y la de la protección) y no siempre se han resuelto bien sus relaciones.

Afirmaba Sábato que las crisis tienen relación con la economía y con los complejos procesos de globalización, pero donde realmente arde es en los comedores de las casas. Pues bien, la crisis actual está ardiendo también en los corredores de los centros de reforma, en el deterioro de las estructuras de medidas educativas frente a la privación de libertad, y por supuesto en la estructura de la protección a la infancia. Sin embargo, esta situación de deterioro que se está produciendo en relación con la tutela de la infancia se está haciendo manteniendo íntegra la estructura jurídica básica de los derechos de la infancia o con pequeñas reformas parciales. Obviamente no se denuncia la Convención de Derechos del Niño, ni las

leyes que supusieron la adaptación interna de nuestra legislación al contenido de esta, en nuestro caso la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de enero de 1996 y la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor de enero de 2000, sino que todo tiene más que ver con aplicación de vías de hecho, de desarrollo de reglamentos internos de organización y funcionamiento de las estructuras de reforma y protección (con lo que se dificulta enormemente el control jurisdiccional). Lo que se está modificando es esa legislación «débil», administrativa, sobre todo en materia de protección. Hay ejemplos muy claros de cómo esa «legalidad exigente» a la que se ha hecho referencia, que incluye en su código genético los tratados, las constituciones, las cartas de derechos es vulnerada con demasiada frecuencia por otras normas de rango más débil. Desde el conocimiento práctico el fiscal de menores Justino Zapatero afirma que cada vez que un convenio se ratifica, que una ley entra en vigor, los juristas tenemos el deber de tomarnos los derechos en serio, de comprometernos en su efectividad, lo que implica hacer cumplir la ley, algo sencillo y complejo al mismo tiempo, pues «todos los que trabajamos en esto sabemos que la ley se interpreta, y sobre todo ha de aplicarse, tarea en la que frecuentemente se enfrenta con los imponderables del pragmatismo, la contundencia de los presupuestos, la dificultad de los recursos económicos». Desde el conocimiento científico el profesor Bueno Arús insiste en que el valor o eficacia jurídica de los tratados internacionales en materia de menores no plantea ningún problema intelectual o valorativo con arreglo a nuestro Derecho interno pues «sin necesidad de largos análisis, el Derecho Constitucional español proclama el carácter obligatorio del Derecho Internacional y su prevalencia sobre el Derecho Interno, que no puede modificar a aquél».

A modo de ejemplo en materia de reforma de menores la Convención habla de centros específicos para la educación de menores que han cometido delitos pero la reforma operada por LO 8/2.006 de 4 de diciembre, como se ha analizado en el capítulo anterior, permite transformar la medida educativa que se impone a un menor con fundamento en el art. 7 de esa ley en pena privativa de libertad a cumplir en una prisión.

Otro ejemplo. En este momento existen varios estudios en el Ministerio de Justicia para enjuiciar conjuntamente menores y mayores en los supuestos de codelinquencia grave de un mismo hecho delictivo lo que supondría enjuiciar en los tribunales de adultos a menores de edad, cuando la Convención habla de órganos especializados para los menores de dieciocho

años. Y también es constante la insistencia en los parámetros de proporcionalidad y en las tesis retributivas sobre la base de la falsa ecuación lanzada constantemente por medios de comunicación sensacionalistas de que a mayor sanción mayor eficacia en la prevención del delito.

El anuncio del Ministerio de Justicia de una nueva regulación para la investigación y enjuiciamiento en los asuntos en que estén implicados mayores y menores está anunciando entrar otra vez en el debate sobre la introducción de parámetros penales en la justicia de menores. Los motivos expresados para la reforma no pueden ser más inquietantes: «hay una sensación de que la ley del menor no da respuesta suficiente a los problemas que se plantean en nuestra sociedad». La iniciativa legislativa depende una vez más de «sensaciones», de «percepciones». En absoluto se atiende a las opiniones de los profesionales que trabajamos en este ámbito ni a argumentos empíricos, que en general nunca han sido tenidos en cuenta en las últimas reformas. La instrucción y enjuiciamiento conjunto de menores y mayores supondría sacar a los menores de la competencia de los juzgados de Menores y que el juicio se celebre ante los órganos de la jurisdicción de adultos, por lo que estaríamos ante una nueva distorsión de la legislación de menores. Una vez más. En este caso el paso sería histórico pues una gran parte de los menores volverían a la jurisdicción de adultos absorbidos por la tendencia punitiva del comienzo de este siglo.

A mi criterio toda esta filosofía entra en colisión con la regulación internacional que hemos venido analizando que tiene su fundamento en la Convención de Derechos del Niño (el art. 49 de la Convención establece que los Estados parte tomarán las medidas adecuadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes) que ha dado lugar a los parámetros internacionales actuales. En la quinta recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa se configura una justicia de menores más rápida diferenciada de la de los adultos para que pueda tener una acción educativa eficaz y evitar la remisión de los menores a la jurisdicción de adultos, cuando existan jurisdicciones de menores. También las reglas de Beijing (art. 2.3) establecen que en cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a menores delincuentes así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de la justicia de menores.

El enjuiciamiento conjunto rompe el principio de competencia de la ley de reforma de menores y en su trasfondo está el vaciamiento de los principios básicos de la ley que materialmente no es penal. En definitiva, es otra vez la atracción de la jurisdicción de menores hacia los parámetros penales de la jurisdicción de adultos. Además el modelo de la LO 5/2000 no es, desde mi punto de vista, el modelo de instrucción tradicional recogido en el artículo 299 de la LECrim. para la práctica de las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos, sino que se configura como un modelo en el que la participación del menor es fundamental y como elemento básico para determinar las circunstancias personales del menor y cual sea la medida más adecuada a imponer. El art. 23 LORPM que se refiere a la actuación instructora del Ministerio Fiscal dota de contenido a la anterior afirmación al establecer como objeto de la actuación instructora tanto la valoración de la participación del menor en los hechos para expresarle el reproche que merece su conducta, como proponer las concretas medidas de contenido educativo y sancionador, que han de ser referidas no solo a las circunstancias del hecho sino también a las del autor y sobre todo, continua el precepto, al interés del propio menor valorado en la causa.

El actual fiscal general del Estado, Torres Dulce, insistió en que esta reforma debe impedir que los menores se pierdan en el despeñadero de la jurisdicción adulta. Dice que hay que ser prudente ante una reforma que siempre tiene que tener como fin la protección del menor, que hay que ser respetuoso con los convenios internacionales que se suscriben.

Finalmente un ejemplo que también tiene relación con la infancia que evidencia como situar la centralidad de los derechos en el debate sobre los recortes de los mismos da lugar a situaciones contradictorias y que relaciona asuntos de gran calado en la situación de la infancia actual. La Comisión Europea el 20 de febrero de 2013 (*Diario Oficial de la Unión Europea* de 2 de marzo de 2013) aprueba la recomendación «Invertir en infancia: romper el ciclo de las desventajas», donde después de volver a proclamar el respeto a la dignidad humana como valor fundamental de la Unión Europea, la lucha contra la exclusión social, la justicia y la protección social, recomienda reducir las desigualdades en la niñez invirtiendo en la educación y los cuidados de la primera infancia y también

proclama la necesidad de proporcionar a los niños una vivienda adecuada para hacer posible que las familias con hijos vivan en viviendas asequibles y de calidad y recomienda a los Gobiernos apoyar a las familias y los niños con riesgo de no tener hogar, evitando los desahucios, las mudanzas innecesarias y la separación de las familias. Se proclaman derechos de la infancia mientras se precariza su contenido. En definitiva, se declaran derechos en unas normas, mientras en otras se les deja enfermar, perder su contenido, el significado de sus palabras, como decía Julio Cortázar. Malos tiempos para los derechos de la infancia.

EL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA¹

María José Rodríguez Duplá
Presidenta de la Audiencia Provincial de Ávila

*Quærite iudicium, subvenite oppressio,
iudicate pupillo, defendite viduam.*
Vulg., Is 1,17

1. Precedentes

La actitud restaurativa de la víctima no es ajena a las raíces de nuestra cultura, al pensamiento filosófico y a los trazos morales y religiosos que dieron soporte a la disciplina jurídica. La historia de la humanidad es también devenir de los métodos ideados para solución de los conflictos

¹ Conocí a Juan Agustín Moro Benito, Tinín, en el año 1991, al ser nombrado presidente de la Audiencia Provincial de Ávila, y desde el primer día de su mandato nos dio una lección de sencillez y bonhomía cuando en el discurso pronunciado con motivo de su toma de posesión reclamó para sí ser tratado como cualquier otra persona, sin privilegio ni distinción alguna.

Con el paso del tiempo, quienes participamos en la Administración de Justicia en esta provincia, pudimos constatar su percepción humanitaria del Derecho y sentido jurídico impregnado de ética y compromiso social; también su especial sensibilidad al padecimiento de los demás y cercanía al caso concreto sometido a consideración.

En su magnífico trabajo titulado «Resignación social y tratamiento de los drogadictos» podemos leer la siguiente meditación «El gran instrumento que puede y debe utilizar siempre el juez para conseguir los efectos más positivos de su función es la ley literal y filosóficamente adaptada a cada hecho enjuiciado. Entiendo que no existe otra vía mejor para evitar que las reformas y el progreso, plasmados en derecho escrito, se reduzcan a letra muerta».

A buen seguro los problemas derivados de la victimización ocuparon un lugar importante en su quehacer profesional, inquietud que comparto. Por ello he querido rendirle homenaje, y también a su familia, reflexionando sobre el Estatuto de la Víctima.

intersubjetivos y entre estos ocupa sitio notable la reacción ante el delito, entendida en un principio como facultad personal o del grupo familiar socialmente aceptada y puesta de manifiesto mediante la venganza –v.gr. la Ley del Tali3n del C3digo de Hammurabi o las venganzas de honor, presentes en nuestro pa3s durante un lapso temporal que abarc3 varios siglos, de la Edad Media al Siglo de Oro– o el perd3n, y con el avance del racionalismo y fortalecimiento del Estado tutor como vertiente de la soberan3a, que le asigna el monopolio de la respuesta penal para neutralizar a la v3ctima o su entorno, aunque sobrevive en muchos lugares del mundo la reacci3n individual o grupal.

Ciertamente, entre las secuelas de la infracci3n penal se alza como efecto de primer orden el quebranto causado al titular del bien jur3dico que la norma pretend3a amparar, pero ese protagonismo pasivo no tuvo el necesario reflejo en el sistema legal, y la perspectiva hist3rica deja ver una evoluci3n lenta en el camino de la protecci3n y el resarcimiento de la v3ctima, siendo a partir de la segunda guerra mundial cuando despierta inter3s y se establecen puentes para salvar su distanciamiento de la estructura legal, hasta entonces volcada hacia el infractor, cuya responsabilidad interesaba delimitar, haciendo de la v3ctima un mero instrumento para ello.

Son muchos los esfuerzos llevados a cabo en las 3ltimas d3cadas que, apart3ndose del secular abandono de la v3ctima, aspiran al reconocimiento de un efectivo estatuto o marco de protecci3n y garant3a con designio restaurativo, acorde al Estado social de Derecho, y que evite la victimizaci3n secundaria por parte del propio sistema durante la sustanciaci3n del proceso penal. Desde mediados de los a3os sesenta surgen iniciativas en USA, Canad3 y algunos pa3ses de Europa, para la orientaci3n y apoyo a las v3ctimas, como las denominadas Oficinas de Ayuda a la V3ctima del delito, con precedente en Nueva Zelanda e Inglaterra (1963-1964), y despu3s implantadas en Estados Unidos, Canad3 y M3jico, para extenderse m3s tarde, en los a3os setenta, por otros pa3ses de Europa. La Sociedad Internacional de Victimolog3a en 1984 redact3 en su reuni3n de Otawa el Proyecto de Declaraci3n sobre Justicia y Asistencia para las V3ctimas, cuyo prop3sito es «proclamar los derechos de las v3ctimas y establecer formas y medios para asegurar su protecci3n, tratamiento humano y compensarlas por los da3os sufridos».

En el 3mbito institucional distintos organismos hab3an tomado en consideraci3n a la v3ctima. Como precedente, en el marco del *ius in bello* son

de necesaria cita los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, y sus protocolos I y II adicionales de 8 de junio de 1977, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y sin carácter internacional; mas en ese espacio el daño sufrido por los individuos era compensado por indemnizaciones de guerra otorgadas al gobierno de su país y la prioridad era sancionar a los responsables de los crímenes de guerra; con tal planteamiento no se solucionó la indemnización de las víctimas o su intervención en el juicio.

Durante la segunda mitad del siglo XX emergió como fenómeno jurídico de singular intensidad la custodia de los derechos fundamentales del individuo, plasmada en numerosos instrumentos internacionales, como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, que dio origen al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, y la Convención Americana de los Derechos Humanos de 1969, a raíz de la cual fue creada la Corte Iberoamericana de San José de Costa Rica, directamente inspirados en la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 16 de diciembre de 1948, que adoptó más tarde el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Los derechos humanos y multiplicación de tratados para su tutela influyeron a partir de entonces en el Derecho de Guerra, bajo el postulado de que las víctimas tienen derecho individual a la indemnización de su daño, como prerrogativa personal, no del Estado de su nacionalidad.

En el ámbito de Naciones Unidas se da un paso fundamental con la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y de abuso de poder, aprobada por la Asamblea General el día 29 de noviembre de 1985, que contiene los postulados para la protección de los derechos de las víctimas, sin perjuicio del específico tratamiento dispensado en otras Resoluciones a diferentes colectivos objeto de victimización², y acuña el concepto de víctima abarcando, junto a la víctima directa, aquellas personas que de forma individual o colectiva

² Entre otros, la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, Resolución de la Asamblea General de 20 de diciembre de 1993, la Resolución sobre principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal, del Consejo Económico y Social, de 24 de julio de 2002, las Directrices sobre justicia en asuntos concernientes a niños víctimas y testigos de delitos y la Resolución de 22 de julio de 2005 del Consejo Económico y Social.

hayan sufrido lesión en sus derechos como consecuencia de un comportamiento constitutivo de delito según la legislación vigente en los estados miembros, víctimas indirectas, familiares y personas a cargo de la víctima directa y personas que hayan sufrido daños al asistir a la víctima en peligro o al prevenir su victimización. Esta declaración presenta el conjunto de derechos de las víctimas del delito: acceso a la Justicia y trato justo (puntos 4 a 7), resarcimiento (puntos 8 a 11), indemnización (puntos 12 y 13), asistencia social (puntos 14 a 17).

Con la creación en 1998 de la Corte Penal Internacional³, que no forma parte de Naciones Unidas, pero actúa al unísono, se reconoce el estatus de la víctima, que emerge como protagonista al socaire del derecho a participar en los procedimientos.

Cumple también citar distintos actos del Consejo de Europa, como la Resolución del Comité de Ministros de 28 de septiembre de 1977 sobre indemnización a las víctimas de delitos, que maduró en el Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos (número 116) hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1983, ratificado por España mediante Instrumento de 20 de octubre de 2001, y las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del Proceso Penal, y de 17 de septiembre de 1987, sobre asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización.

2. Disciplina comunitaria

Las Disposiciones Comunes del Tratado de la Unión Europea predicán como valores la dignidad humana, libertad, democracia e igualdad, así como el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos, mencionando el «espacio de libertad, seguridad y justicia», uno de cuyos designios es la prevención y lucha contra la delincuencia.

Por otra parte la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en sus distintas versiones reconoce una serie de derechos personales, civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos y residentes de la Unión Europea, consagrándolos en la legislación comunitaria; importa destacar ahora que invoca la dignidad humana y

³ Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional celebrada en Roma, acta final suscrita el día 17 de julio de 1998.

los derechos a la libertad y seguridad. Numerosos han sido los instrumentos jurídicos desarrollados en tutela y proyección de estos derechos.

1.– Respecto al concreto tema que nos ocupa hallamos un primer hito en la *Resolución del Parlamento Europeo de 13 de marzo de 1981, sobre indemnización a las víctimas de actos de violencia*, a la que siguieron varios informes y resoluciones tocantes a diversos aspectos relacionados con las víctimas de delitos y enmarcadas en el Plan de Acción sobre el espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de 1998; en el Consejo extraordinario de Tampere (días 15 y 16 de octubre de 1999), punto 32, fueron establecidos los objetivos de la política europea en materia de protección a las víctimas de delitos, y entre ellos la elaboración de un Estatuto Jurídico de la Víctima, la garantía de efectiva reparación del daño a través de sistemas estatales de protección y la necesidad de mecanismos de asistencia social que cubran las necesidades básicas de las víctimas.

A propósito de la protección del ciudadano europeo víctima de la delincuencia en un estado miembro distinto al de su residencia, se formula el día 14 de julio de 1999 la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social titulada «Víctimas de delitos en la Unión Europea. Normas y medidas».

2.– Sin embargo es dos años después cuando ve la luz un instrumento fundamental: la *Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea 2001/220/ JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal*.

En su texto se establece la asistencia a las víctimas de delitos antes, durante y después del proceso penal; los Estados miembros garantizarán el respeto a la dignidad de las mismas, brindando a las víctimas especialmente vulnerables un trato acorde con su situación. Dentro del estándar común para el reconocimiento y protección de las víctimas se les concede la posibilidad de ser oídas y de facilitar elementos de prueba y el derecho a la información pertinente para la protección de sus intereses, con unos mínimos para esa información, y adoptándose las medidas necesarias para reducir las dificultades de comunicación que afecten a la comprensión y a la participación de las mismas en el proceso penal; se prevé igualmente el reembolso de los gastos ocasionados por esa participación; la protección de la intimidad y seguridad de las víctimas es también tratada, y la indemnización adecuada y temporal; son objetivos que incluye la Decisión Marco el impulso a la mediación entre víctimas e inculpadados y la minimización de dificultades derivadas del hecho de que la víctima resida en un Estado miembro distinto de aquel en que se haya cometido la infracción, y la cooperación.

Esta Decisión Marco entró en vigor el día 22 de marzo de 2001, estableciendo unos plazos de transposición en los Estados miembros, sin embargo los informes de la Comisión de 3 de marzo de 2004 y 20 de abril de 2009, en resumen de las medidas por los Estados miembros para implementar este instrumento, revelan que la aplicación no había conseguido establecer unas normas mínimas para la víctima en la Unión Europea.

3.— Con posterioridad, la *Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos*, establece un sistema de cooperación para facilitar el acceso a la indemnización a las víctimas de delitos en situaciones transfronterizas, como continuación al Libro Verde sobre la indemnización de las víctimas de delitos presentado por la Comisión el día 28 de septiembre de 2001 y centrado en dos ámbitos de acción principales: adoptar normas mínimas sobre la indemnización a nivel europeo, obligando a los Estados miembros a garantizar a las víctimas un nivel razonable de indemnización pública, y adoptar medidas que faciliten en la práctica el acceso a la indemnización, cualquiera que sea el lugar de la Unión Europea en el que la persona fue víctima de un delito; a raíz de los atentados terroristas perpetrados en Madrid el día 11 de marzo de 2004, la Comisión solicitó la aprobación de la Directiva antes del 1 de mayo de 2004 en su declaración sobre la lucha contra el terrorismo. La Directiva gira en torno a dos ejes: la obligación para los Estados miembros de prever en su legislación nacional un régimen de indemnización de las víctimas de delitos intencionados y violentos cometidos en su territorio, y la instauración de un sistema que facilite el acceso a la indemnización para la víctima en situaciones transfronterizas (posibilidad de presentar la solicitud en el Estado de residencia, designación de puntos de contacto centrales en los Estados miembros, etc.).

Como desarrollo la Comisión adoptó la Decisión 2006/337/CE, de 19 de abril de 2006, por la que se establecen unos impresos uniformes para la transmisión de solicitudes y decisiones. El informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, de 20 de abril de 2009, relativo a la aplicación de la Directiva, evalúa la puesta en práctica de ese instrumento.

4.— En consonancia la Comisión propuso el día 18 de mayo de 2011 un paquete legislativo para reforzar el marco legal de los derechos de las víctimas, del que forma parte una propuesta de Directiva por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, que a la postre fue aprobada, constituyendo la *Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se*

establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo.

La Directiva parte del compromiso con la protección de las víctimas de delito y el establecimiento de normas mínimas en dicha materia, e invoca el programa de Estocolmo como marco de la Europa abierta y segura que proteja al ciudadano, y el artículo 82, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea como previsión legal del establecimiento de normas mínimas aplicables en los Estados miembros para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales, y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, en particular por lo que respecta a los derechos de las víctimas de delitos.

Con arreglo a esta Directiva se entiende por *víctima* la persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por una infracción penal, y también los familiares de una persona cuya muerte haya sido directamente causada por un delito y que haya sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona; a propósito de la «Información y apoyo» contempla el derecho a entender y ser entendido, el de recibir información desde el primer contacto con una autoridad competente –fundamentalmente sobre cómo interponer una denuncia, los detalles del proceso y cómo obtener atención facultativa y jurídica, reparación y protección– y el derecho a recibir información sobre la causa –en especial sobre la decisión del curso o destino de la misma, fecha y lugar del juicio, sentencia, puesta en libertad del inculpado, etc.–, derecho a traducción e interpretación, derecho de acceso a los servicios de apoyo a las víctimas –gratuitos y accesibles también para determinados familiares–. Además disciplina la participación de la víctima en el proceso penal, reconociendo el derecho a ser oído, los derechos en caso de que se adopte una decisión de no continuar el procesamiento, y el derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora, cuyo objetivo es proteger a las víctimas de toda intimidación o victimización adicional durante el proceso; asimismo el derecho a justicia gratuita y al reembolso de gastos, derecho a la restitución de bienes que hayan sido incautados en el transcurso del proceso penal, derecho a obtener una decisión relativa a la indemnización por parte del infractor en el curso del proceso penal, y aborda igualmente los derechos de las víctimas residentes en otro Estado miembro.

Especial atención se presta a la protección de las víctimas y reconocimiento de su vulnerabilidad, incluyendo el derecho a la protección frente a la victimización secundaria, la represalia, etc., a evitar el contacto entre víctima e infractor, a la tutela durante las investigaciones penales y a la protección de la intimidad; además se regula la evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de amparo, reconociendo su derecho a beneficiarse de medidas especiales determinadas en ciertos casos, con singular dedicación a la protección de las víctimas menores de edad durante el proceso penal. Por último, contempla otras disposiciones en punto a la formación de los profesionales que atiendan a las víctimas y a la cooperación y coordinación de los servicios implicados.

Esta Directiva se encuentra en vigor desde el día siguiente a su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, y en sus disposiciones finales prevé que los Estados miembros pongan en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias, para dar cumplimiento a lo establecido, a más tardar el 16 de noviembre de 2015.

En suma, la Directiva impone criterios de sensibilidad e individualización de la víctima de tal forma que en todos los contactos con autoridad competente que actúe en el ámbito del proceso, o con servicios, como son los de apoyo o de justicia reparadora, se tenga en cuenta su situación personal y necesidades inmediatas, su edad, sexo, posible discapacidad y madurez, y al propio tiempo se respete plenamente su integridad física, psíquica y moral. Se pretende un valladar a la victimización secundaria y reiterada, así como frente a la intimidación y represalias. La norma detalla medidas específicas a adoptar con personas determinadas (menores, discapacitados, desconocedores de la lengua, etc.) o con víctimas de ciertos delitos (a causa del sexo, identidad o expresión de género, víctimas de terrorismo, etc.).

5.– No quiero cerrar este elenco de normativa comunitaria sin citar, siquiera sea someramente, y por su relación con el tema que tratamos, la *Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección*, cuyo designio es asegurar la protección de las víctimas acreedoras de tales medidas cuando se encuentran en otro Estado miembro, en el caso de medidas adoptadas en el seno de un procedimiento penal.

España durante su presidencia del año 2010 fue la impulsora y proponente de la Orden de Protección Europea, finalmente aprobada por la

Eurocámara; las Comisiones de Libertades Civiles y de Derechos de la Mujer del Parlamento Europeo fueron las encargadas de culminar este proyecto, que, por fin, extiende su amparo no solo a las mujeres víctimas de la violencia de género, sino a cualquier persona amenazada de forma que se ponga en peligro su vida o dañe su dignidad, libertad, integridad física, psicológica o sexual, y también alcanza a sus familiares si así se solicita a la autoridad central.

Su fundamento es la convicción de los Estados miembros de que la Unión Europea ha de ser un espacio común de libertad, seguridad y justicia, sin fronteras interiores, en el que se ha de garantizar que la protección ofrecida a una persona física en un Estado miembro se mantenga y continúe en cualquier otro Estado miembro al que la persona vaya a trasladarse, y ello porque «la protección de víctimas es una prioridad absoluta para la Unión Europea en el área de libertad, justicia y seguridad». Sin embargo la Directiva no opta por instar a los países de la Unión al planteamiento de una serie de medidas de protección comunes aplicables de manera uniforme en todo el territorio comunitario, sino por crear un marco de cooperación entre el estado de emisión y el de ejecución, flexible en tanto se deja un margen discrecional para no aplicar la medida o adaptarla con otro mecanismo de protección de la víctima que sea conforme al Derecho nacional del Estado receptor.

La solicitud es emitida por el Estado miembro que adoptó la medida de protección nacional (Estado emisor) a instancia de la víctima, al Estado miembro de ejecución, que ha de reconocer la orden, salvo, entre otros supuestos, que la solicitud sea incompleta, aluda a un acto que no constituya infracción penal en el Estado ejecutor, o el acto esté prescrito penalmente; si la orden es aceptada el Estado de ejecución adopta las medidas previstas en su Derecho nacional para asegurar la protección; si la orden de protección europea es contravenida el Estado de ejecución puede tomar las medidas destinadas a evitar la contravención. El Estado emisor es el competente para tomar las decisiones relativas a la prórroga, reconsideración, modificación o revocación de la medida.

Por último es de recordar que el plazo de transposición a los ordenamientos jurídicos nacionales es de tres años.

3. Estado de la cuestión en el ordenamiento interno español

Muchos de los postulados que presiden la normativa comunitaria ya inspiraban la legislación nacional española, plasmándolos preceptos de

orden sustantivo y procesal en múltiples instrumentos jurídicos. Obsérvese que la propia Constitución Española de 1978 da soporte normativo a la acción de los poderes públicos en materia de derechos humanos, categoría general que abarca los de la víctima del delito; la consideración de España como Estado social y democrático de Derecho, que propugna entre los valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia y la igualdad (art. 1.1), la atribución a los poderes públicos de la misión de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (art. 9.2) y el reconocimiento de la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes como fundamento del orden público y la paz social, con directa invocación de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 10.1 y 2) excluyen cualquier duda sobre ello, y el expreso reconocimiento, con la categoría de fundamental, del derecho a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos (art. 24.1) abunda sobre lo mismo.

Veamos algunos aspectos en concreto:

1.– En punto al *derecho de participación* de la víctima, la posibilidad de ser oída durante las actuaciones y facilitar elementos de prueba es exigencia que cumple nuestro ordenamiento incluso permitiendo que la víctima se constituya en parte (arts. 101, 109 y 110 de la LECrim.), aunque es deseable fomentar otros mecanismos existentes en nuestro sistema para la participación de la víctima sin los costes personales y materiales que su personación conlleva, así, a través del Ministerio Fiscal, que conforme al artículo 124.1 de la Constitución, 1 y 3.10 de su Estatuto Orgánico, redacción conferida por Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, y 773.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuenta entre sus funciones con la de proteger los derechos de los ciudadanos, y entre estos los de las víctimas y el perjudicado por el delito, en el curso del proceso penal; en este sentido, la Instrucción n.º 8/2005, de la Fiscalía General del Estado, sobre «el deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el proceso penal» contiene previsiones para facilitar la participación de la víctima en el proceso, aunque no esté constituida como parte en las distintas fases del mismo.

2.– El *derecho a la información* se perfila también como uno de los derechos primordiales de la víctima y tiene en nuestro ordenamiento una regulación fragmentaria, si bien las últimas reformas de las leyes

procesales han supuesto un avance en la materia. La primera referencia data de la Ley Orgánica 35/1995, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, que impone deberes de información a jueces y magistrados, miembros de la carrera fiscal, autoridades y funcionarios públicos que intervengan por razón de su cargo en la investigación de dichos delitos, pues han de informar sobre el procedimiento para solicitar las ayudas reguladas en la ley; asimismo las autoridades policiales deben informar sobre el curso de las investigaciones salvo que ello ponga en peligro su resultado; y se establece que la víctima será advertida sobre la posibilidad de obtener el beneficio de justicia gratuita. También la Ley de Enjuiciamiento Criminal insiste en la información en sede policial y judicial, así en numerosas normas sobre la celebración del juicio y la notificación de la sentencia; especial importancia en la materia tuvo la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de dicha Ley procesal.

En concreto, sin ánimo exhaustivo, dispone el ordenamiento los siguientes actos de comunicación o notificación de resoluciones a la víctima, ofendido o perjudicado, incluso carente de personación:

Ley de Enjuiciamiento Criminal:

- Art. 109: comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad en caso de delitos comprendidos en el art. 57 del Código Penal.
- Art. 506.3: los autos relativos a la situación personal del imputado se pondrán en conocimiento de los ofendidos o perjudicados por el delito cuya seguridad pudiera verse afectada por la resolución.
- Art. 785.3: información a la víctima de la celebración del juicio, fecha y lugar.
- Art. 789.4: notificación de la sentencia a los ofendidos y perjudicados.
- Art. 791.2: información a la víctima de la celebración de la vista en segunda instancia.
- Art. 792.4: notificación de la sentencia de segunda instancia a los ofendidos y perjudicados.
- Art 973.2: notificación de la sentencia a los ofendidos y perjudicados, en los juicios de faltas.
- Art. 976.3: notificación de la sentencia de segunda instancia en los juicios de faltas.

- Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, ya citada.
- Art. 154: convocatoria al juicio y notificación de sentencia.

Además, la susodicha Instrucción N.º 8/2005 de la Fiscalía General del Estado, sobre «el deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el proceso penal», atribuye al Ministerio Fiscal la labor de canalizar la información hacia la víctima y hacerle saber los derechos que la asisten en las distintas fases del proceso: durante la instrucción, antes de solicitar el sobreseimiento por falta de pruebas, previamente a formular conclusiones provisionales, y en los supuestos de conformidad en el acto del juicio oral, pues ha de ilustrar a la víctima de las razones sobre la conformidad alcanzada, y en caso de suspensión del juicio oral darle a conocer los motivos y consecuencias a la mayor brevedad posible, velando en todo caso porque le sea notificada la sentencia, y para que se le informe cuando esté amparada por el contenido de las Leyes 35/1995 o 32/1999, de los trámites a seguir para hacer efectivas las previsiones legales.

3.– La *protección de la intimidad y seguridad* de la víctima requiere especial mención.

Independientemente de las medidas cuyo directo objeto puede ser la protección de la víctima –medidas innominadas del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, medidas cautelares personales restrictivas de la libertad, detención, artículos 490 y concordantes, prisión provisional, artículos 502 y siguientes del mismo texto, prohibiciones o alejamientos ex artículos 544 bis y 544 ter, orden de protección, y medidas de aseguramiento de la responsabilidad civil, fianza y embargos conforme a los artículos 589 y siguientes de la citada Ley–, el ordenamiento jurídico ha pergeñado numerosos mecanismos para el auxilio de la víctima y su amparo. Véase estas facetas:

I. El testimonio de la víctima en muchas ocasiones es fundamental para la averiguación de los hechos sometidos a enjuiciamiento; sin embargo ese trámite no debe convertirse en un espacio idóneo para la victimización secundaria; de ahí la imperiosa necesidad de que sean tratadas durante las actuaciones con el debido respeto a su dignidad, reconocimiento de sus derechos e intereses legítimos, y protección de su seguridad, intimidad e imagen.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, desde la reforma introducida por la Ley Orgánica 14/1999 añadió un párrafo a los artículos 448 y 707 para

el supuesto de testigos menores de edad, que permitiera utilizar medios técnicos o audiovisuales evitando la confrontación visual; por Ley Orgánica 8/2006 fueron nuevamente redactados esos preceptos ordenando que la declaración de testigos menores de edad evite la confrontación visual con el inculpado.

El sistema de videoconferencia, idóneo para soslayar ese contacto entre víctima y victimario, u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, y la interacción visual, auditiva y verbal entre personas geográficamente distantes, asegurando la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, está previsto por el artículo 229.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y artículos 325 y 731 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Su aplicación disminuye las consecuencias de la victimización secundaria que la coincidencia en un mismo espacio físico de la víctima y el presunto responsable acarrea, especialmente en casos de violencia en el ámbito doméstico, violencia sobre la mujer, delitos contra la libertad sexual y, sobre todo, en caso de menores de edad víctimas de delitos. Igualmente son un método propicio, con la necesaria adaptación, las medidas previstas en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, al objeto de preservar la identidad.

Sin embargo cabe avanzar más, por ejemplo, permitiendo que en el desarrollo de la prueba testifical del menor o persona especialmente vulnerable pueda acompañarlo un técnico o experto que garantice una minimización de los riesgos de daño secundario relacionado con la rememoración del hecho traumático. También el Ministerio Fiscal debe tener una decidida intervención para que las medidas legales disponibles sean aplicadas, por ejemplo contactando con la víctima no personada como parte para que esta pueda manifestarle, en su caso, si rechaza la confrontación visual en el juicio, e interesando la medida del órgano judicial.

II. Por otro lado, en relación también con las declaraciones de víctimas especialmente vulnerables y menores de edad, es preciso abordar una regulación legal exacta y sistemática de los mecanismos idóneos para introducir en el plenario la información que pueden proporcionar, regulando la práctica anticipada a las sesiones del juicio oral de los testimonios, para evitar la pérdida de elementos de prueba y reducir al mínimo la repetición de interrogatorios que obliguen a la víctima a reconstruir una experiencia traumática, poniendo en riesgo su indemnidad moral.

Nuestro marco legal, además de la regla del citado artículo 707 de la LECrim., se limita al régimen de preconstitución probatoria previsto en los arts. 448 y 777 de la Ley, y al dispositivo de reproducción mediante lectura de las diligencias sumariales que no puedan ser repetidas en el juicio oral, ex artículo 730. Sin embargo la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo no ha sido unívoca en punto al tratamiento de estas situaciones, y en algunos casos ha exigido la presencia de menores víctimas de delitos sexuales en el plenario en razón al método contradictorio y al principio de inmediación –vid. sentencia del TS de 28 de febrero de 2000–, mientras que otras resoluciones, para cohonestar el derecho de defensa y el postulado de protección de la víctima, en exégesis teleológica e integradora del susodicho artículo 730 y disciplina de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, sostiene que si se constata un alto riesgo de victimización secundaria, el derecho de defensa puede satisfacerse mediante el acceso por vía documental al contenido de las exploraciones de los menores practicadas anteriormente, si hay marco para la contradicción, v.gr. sentencia del TS 429/2002, de 8 de marzo, 1229/2002 de 7 de julio, 604/2005, de 12 de abril y 151/2007, de 28 de febrero, doctrina que ha respaldado el Tribunal Constitucional (SSTC 41/2003, de 27 de febrero, 174/2011, de 7 de noviembre y 57/2013, de 11 de marzo) y perfila la sentencia del Tribunal Supremo 96/2009, de 10 de marzo, con un voto particular. Entiendo que la prueba testifical de referencia, que permite la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 710, inadmisibles solo en las causas por injuria o calumnia vertidas de palabra, conforme a su artículo 813, puede en determinados supuestos servir de alternativa al testimonio directo de la víctima.

El criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos expresado en la sentencia de 2 de julio de 2002, caso S.N. contra Suecia, se vio reforzado, si cabe, después de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Gran Sala, de 16 de junio de 2005, caso Pupino, procedimiento que tenía por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 35 UE por el juez de Instrucción del Tribunale di Firenze (Italia) mediante resolución de 3 de febrero de 2003, en el proceso penal seguido contra Maria Pupino; el pronunciamiento insiste en la idea de hacer realidad las previsiones normativas de la Decisión marco de 15 de marzo de 2001, sobre Estatuto de la Víctima en el proceso penal, y aborda las implicaciones de la declaración de las víctimas menores de edad, concluyendo la necesidad de admitir su testimonio como prueba anticipada, con exclusión de la audiencia.

III. Otro aspecto de gran interés para la tutela de la víctima es la posibilidad de limitar total o parcialmente el acceso de público a la sala de vistas; tiene amparo en los artículos 232 de la Ley Orgánica del Poder Judicial –por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades–, 680 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –por razones de moralidad o de orden público, o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o su familia– y artículo 15 de la citada Ley 35/1995, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y de naturaleza sexual. También los artículos 35.2 y 41.1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de responsabilidad penal de los menores prevén que las sesiones no sean públicas en protección del interés del menor o de la víctima. Así como el orden público requiere identificar un riesgo concreto de perturbación grave en el desarrollo del debate o de afectación de la seguridad de los intervinientes, la moralidad y el respeto debido aluden a diversos valores constitucionales, como la libertad, la dignidad y libre desarrollo de la personalidad, y conectan con los derechos reconocidos por el Estatuto de la Víctima, y significadamente con la necesidad de que el juicio se desarrolle en condiciones dignificadoras de todos los intervinientes y con especial cuidado de trato al ofendido.

Las medidas limitativas pueden ser solicitadas por las partes, y en concreto el Ministerio Público, conforme a las previsiones legales a que antes aludíamos. Entiendo sería positivo articular un mecanismo de audiencia para la víctima que no se encuentre personada en las actuaciones, al objeto de que se manifieste sobre la oportunidad de celebrar el juicio a puerta cerrada; nadie percibe como la propia víctima si puede intensificarse el daño producido por el hecho objeto de proceso a consecuencia de la publicidad en casos de grave victimización por delito contra bienes personales (delitos contra la libertad o la indemnidad sexual, la integridad moral, la vida, etc.).

La protección de la víctima está asimismo contemplada en el artículo 266 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que restringe el acceso al texto de las sentencias cuando pueda afectar al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía de anonimato de las víctimas o perjudicados, y en consonancia se expresan los artículos 3 y 4 del Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre de 2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, posibilitando tratar los documentos judiciales a exhibir y omitir datos de carácter personal en los testimonios o certificaciones a expedir, de manera que se

salvagarde el derecho a la intimidad personal y familiar, al honor y a la propia imagen de los afectados por la resolución judicial.

Tratándose de víctimas menores de edad que van a testificar, la meta de protección integral de su desarrollo madurativo que consagra la Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño, de 1989, y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, respaldan la limitación y la prohibición de revelar datos identificadores y obtener imágenes.

IV. Por otra parte, respecto a la presencia de los medios de comunicación y la captación de imágenes, es evidente que la publicidad propia de nuestro sistema judicial y el ejercicio del derecho a la información pueden colisionar con otros intereses que justifiquen la modulación del ejercicio de la labor informativa, como medio de protección de los mismos. En ese sentido, la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia reconoce el derecho de la persona que sea víctima de un delito a ser protegido frente a la publicidad no deseada sobre su vida privada, en toda clase de actuaciones judiciales. Entiendo que presta apoyo normativo a su tutela el artículo 6 del Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, aprobado por Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, pues permite limitar el acceso de los medios de comunicación a los actos procesales celebrados en audiencia pública si pueden verse afectados valores y derechos constitucionales.

A su vez el Protocolo de Comunicación de la Justicia, aprobado por la Comisión de Comunicación del Consejo General del Poder Judicial el día 30 de junio de 2004, parte de la necesidad de preservar, con carácter general, el libre acceso de los medios audiovisuales a las Salas de Vistas, si bien acepta igualmente que se restrinja mediando resolución motivada por el órgano judicial competente, en función de su capacidad de «policía de estrados».

A falta de una exacta regulación normativa recordemos que la sentencia del TC 57/2004 invita a la realización de un test, caso por caso, en que se pondere los intereses en conflicto, identificando los riesgos de lesión y el grado de la misma.

V. Por último, es destacable en el ámbito de la protección de la víctima que la Ley Orgánica 1/2003, de 10 de mayo, para la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los concejales, introduce en

su artículo tercero una Disposición adicional a la Ley de Enjuiciamiento Criminal a cuyo tenor:

En los supuestos de amenazas o coacciones previstos en el artículo 572.1.3.º del Código Penal, el juez o tribunal adoptará, al iniciar las primeras diligencias, las medidas necesarias para garantizar la confidencialidad de los datos que figuren en los distintos registros públicos que afecten a la víctima de las amenazas o coacciones, de tal forma que dichos datos no puedan servir como información para la comisión de delitos de terrorismo contra dichas personas.

4.– El *derecho a la asistencia y a la indemnización por el daño recibido* como consecuencia del delito, independientemente de su vertiente económica o resarcitaria, tienen un fuerte componente moral: nada más ético y justo que la atención a las necesidades de todo orden derivadas de la victimización criminal. El Estado Social de Derecho no puede permanecer pasivo, sino propiciar justicia reparadora del estatuto personal transgredido por la infracción penal.

Concreción de esos esfuerzos es la disciplina legal de los artículos 109 y siguientes del Código Penal, preceptos de larga tradición histórica en nuestro ordenamiento, que predica la reparación de daños y perjuicios ocasionados por el ilícito penal y anuda la responsabilidad civil a la responsabilidad criminal. Otros preceptos del mismo texto buscan asimismo la satisfacción de los intereses de la víctima contemplando la reparación del daño como circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal, artículo 21-5.º, entre las penas la de trabajos en beneficio de la comunidad, de signo reparador, artículo 49, y el cumplimiento de la responsabilidad civil como factor para la obtención de beneficios por el penado; v.gr. para la concesión de la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad, artículos 81.3 y 83.1, sustitución de penas, artículo 88, libertad condicional, artículo 90.1.c), cancelación de antecedentes delictivos, artículo 136.2-1.º; en igual línea cabe citar la legislación penitenciaria p.e. el artículo 72 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, cuando condiciona la progresión a tercer grado de tratamiento a la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito, con la especial trascendencia concedida por el legislador a la petición expresa de perdón a las víctimas del delito en los supuestos de condena por delito de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales.

Otros cuerpos legales abordan la materia con la perspectiva de respuesta social, y establecen sistemas de asistencia y ayuda económica para las víctimas de ciertos delitos. Sin ánimo exhaustivo cumple citar los siguientes, asociándolos en razón a la materia.

a) Ley 35/1995, de 11 de noviembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

Real Decreto 429/2003, de 11 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

Real Decreto 199/2006, de 17 de febrero, por el que se modifica el Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, aprobado por Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo, el Reglamento de ejecución de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas de terrorismo, aprobado por Real Decreto 1912/1999, de 17 de diciembre, y el Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo, aprobado por Real Decreto 288/2003, de 7 de marzo.

b) Real Decreto 1311/1988, de 28 de octubre, por el que se regulan los resarcimientos a las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas.

Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo.

Real Decreto 1912/1999, de 17 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo.

Real Decreto 288/2003, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo.

Ley 2/2003, de 12 de marzo, de modificación de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo.

Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.

Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección integral a las Víctimas del Terrorismo.

Andalucía: Ley 10/2010, de 15 de noviembre, relativa a medidas para la asistencia y atención a las víctimas del terrorismo de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Aragón: Ley 4/2008, de 17 de junio, de medidas a favor de las víctimas del Terrorismo, modificada por la Ley 10/2012, de 27 de diciembre.

Comunidad de Madrid: Ley 12/1996, de 19 de diciembre, de Ayudas a las Víctimas del Terrorismo, modificada por la Ley 7/1997, de 17 de febrero.

Decreto 2/2007, de 10 de enero, del Consejo de Gobierno, por el que se actualiza la cuantía de las ayudas a las víctimas del terrorismo.

Comunidad Foral de Navarra: Ley Foral 9/2010, de 28 de abril, de ayuda a las víctimas del terrorismo.

Comunidad Valenciana: Ley 1/2004, de 24 de mayo, de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo, modificada por la Ley 10/2006, de 26 de diciembre y por la Ley 3/2009, de 14 de abril.

Decreto 163/2005, de 4 de noviembre, del Consell de la Generalitat, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo.

Extremadura: Ley 6/2005, de 27 de diciembre, de medidas para la asistencia y atención de las víctimas del terrorismo y de creación del Centro Extremeño de Estudios para la Paz.

País Vasco: Ley 4/2008, de 19 de junio, de Reconocimiento y Reparación a las Víctimas del Terrorismo.

Decreto 290/2010, de 9 de noviembre, de desarrollo del sistema de asistencia integral a las Víctimas del Terrorismo.

Murcia: Ley 7/2009, de 2 de noviembre, de ayuda a las víctimas del terrorismo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, modificada por la Ley 13/2009, de 23 de diciembre.

c) Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Real Decreto 237/2005, de 4 de marzo, por el que se establecen el rango y las funciones de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, prevista en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la Violencia de Género.

Real Decreto 1452/2005, de 2 de diciembre, por el que se regula la ayuda económica establecida en el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Real Decreto 253/2006, de 3 de marzo, por el que se establecen las funciones, el régimen de funcionamiento y la composición del Observatorio

Estatut de Violència sobre la Dona, i se modifica el Real Decret 1600/2004, de 2 de juliol, per el que se desenvolupa la estructura orgànica bàsica del Ministeri de Treball i Assumptes Socials.

Real Decret 972/2007, de 13 de juliol, per el que se regula la concessió directa de subvencions a determinades comunitats autònoms i entitats locals per al coneixement de projectes innovadors que garanteixin el dret a l'assistència social integral de les dones víctimes de violència de gènere.

Real Decret 1917/2008, de 21 de novembre, per el que se aprova el programa d'inserció sociolaboral per dones víctimes de violència de gènere.

d) Ley 27/2003, de 31 de juliol, reguladora de l'Ordre de protecció de víctimes de la violència domèstica.

Real Decret 355/2004, de 5 de març, per el que se regula el Registre central per la protecció de les víctimes de la violència domèstica.

e) A raï de la democràcia han sigut promulgades diverses normes per tractar d'amparar a quiens sofriren els avatars de la Guerra Civil i la Dictadura.

Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía.

Ley 5/1979, de 18 de septiembre, sobre reconocimiento de pensiones, asistencia médico-farmacéutica y asistencia social a favor de las viudas, hijos y demás familiares fallecidos como consecuencia o con ocasión de la pasada Guerra Civil.

Ley 6/1982, de 29 de marzo, de pensiones a los mutilados civiles de guerra.

Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por lo que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura.

Real Decret 1791/2008, de 3 de novembre, sobre la declaració de reparació i reconeixement personal a quiens padecieren persecució i violència durant la Guerra Civil i la Dictadura.

5.– La transversalitat de la tutela de la víctima del delicte té manifestació en distintes eines d'actuació de els operadors jurídics. Sirva citar com exemple la Carta de Drets de els ciutadans davant la Justícia, que predica una Justícia que protegeix a els més dèbils;

aunque se trata de una Proposición no de Ley, que surgió como consecuencia del Pacto de Estado para la reforma de la Justicia de 2001, y carece de naturaleza normativa, fue aprobada por unanimidad de los grupos parlamentarios del Congreso de los Diputados el día 16 de abril de 2002; allí se dice que el ciudadano víctima de un delito tiene derecho a ser informado con claridad sobre su intervención en el proceso penal, las posibilidades de obtener la reparación del daño sufrido, así como sobre el curso del proceso; además se asegurará que la víctima tenga un conocimiento efectivo de aquellas resoluciones que afecten a su seguridad, sobre todo en los casos de violencia dentro de la familia, y se potenciará los cometidos de las Oficinas de Atención a la Víctima y se ampliarán sus funciones buscando un servicio integral al ciudadano afectado por el delito (punto 22). El ciudadano que sea víctima de un delito tiene derecho a que su comparecencia personal ante un juzgado o tribunal tenga lugar de forma adecuada a su dignidad y preservando su intimidad (punto 23), y a ser protegido de forma inmediata y efectiva por los juzgados y tribunales, especialmente frente al que ejerce violencia física o psíquica en el ámbito familiar (punto 24), también a ser protegido frente a la publicidad no deseada sobre su vida privada en toda clase de actuaciones judiciales (punto 25).

Asimismo uno de los ejes del Plan Estratégico de Modernización de la Justicia 2009-2012 comprendía la efectividad de las medidas de la Carta de Derechos, y entre sus puntos cita la realización de justicia más atenta (que incluye la protección de testigos y víctimas), y justicia adaptada a personas vulnerables (entre ellas las víctimas del delito y los menores).

Antes mencionábamos la circular de la Fiscalía General del Estado, relativa al deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el proceso penal. No es esta la única ocasión en que la Fiscalía General del Estado manifiesta su preocupación por el cumplimiento por parte de los Fiscales de las funciones asignadas en aras de la protección de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por el delito. Abordando unos aspectos u otros, directos o laterales, han visto la luz los siguientes documentos:

- Instrucción 8/1981, de 8 de noviembre, sobre notificaciones de sentencias y resoluciones judiciales a las personas que no han sido parte en procesos en los que se les conceden indemnizaciones.
- Instrucción 1/1992, de 15 de enero, sobre tramitación de las piezas de responsabilidad civil.

- Instrucción 2/1993, de 15 de marzo, sobre función del Ministerio Fiscal y el derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito.
- Instrucción 4/2004, de 14 de junio de 2004, acerca de la protección de las víctimas y el reforzamiento de las medidas cautelares en relación con los delitos de violencia doméstica.
- Instrucción 2/2005, de 2 de marzo, sobre la acreditación por el Ministerio Fiscal de las situaciones de violencia de género.
- Instrucción 7/2005, de 23 de junio de 2005, el fiscal contra la violencia sobre la mujer y las secciones contra la violencia de las Fiscalías.
- Instrucción 8/2005, de 26 de julio de 2005, sobre el deber de información en la Tutela y Protección de las Víctimas en el Proceso Penal.
- Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el fiscal y la protección del derecho al honor, la intimidad y propia imagen de los menores.
- Instrucción 2/2008, de 1 de julio, sobre las funciones del fiscal en fase de instrucción.
- Instrucción 1/2010, de 29 de julio, relativa a las funciones del Ministerio Fiscal en fase de ejecución de los procesos penales.
- Circular 1/1998, de 24 de octubre de 1998, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar.
- Circular 4/2005, de 18 de julio de 2005, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- Circular 3/2009, de 10 de noviembre de 2009, sobre protección de los menores víctimas y testigos.
- Circular 4/2010, de 30 de diciembre, sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal.

4. De lege ferenda

1.– En el actual estado de cosas surge la esperanza con el *Borrador del Anteproyecto de Código Procesal Penal* recientemente presentado por la comisión de expertos del Ministerio de Justicia⁴.

⁴ Vid. Resolución de 8 de marzo de 2012, de la Subsecretaría del Ministerio de Justicia por la que se publica el acuerdo del Consejo de Ministros, por el que se crea una Comisión Institucional para la elaboración de una propuesta de texto articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, *BOE*, 62 (13 de marzo de 2012).

Su exposición de motivos predica el avance en la salvaguarda de todas las garantías del proceso penal, en relación con el encausado y también en lo referido a la protección de las víctimas, con escrupuloso respeto a las exigencias de los tratados y convenios internacionales sobre la materia y de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

El Título Preliminar exploya los postulados a que responde la nueva regulación, e inserta una disposición básica sobre los derechos de las víctimas: «la tutela de la víctima es una de las finalidades del proceso penal. La Policía Judicial, el Ministerio Fiscal y el Tribunal informarán a los ofendidos y perjudicados por el delito de los derechos que les asisten, con particular atención a las víctimas especialmente vulnerables» (art. 14), tras extender a la víctima el reconocimiento que el artículo 5 hace del derecho a la dignidad.

El Libro I tiene por rúbrica «sujetos y objeto del Proceso Penal», cuyo Título II está dedicado a las partes; su Capítulo IV disciplina el Estatuto Procesal de la Víctima, comprendiendo su definición el artículo 59 como

[...] todo ofendido o perjudicado por el hecho punible objeto de la causa, incluida la persona que haya sufrido daño personal o patrimonial por tratar de prevenir el delito o auxiliar a la víctima en el momento de la comisión del hecho punible o inmediatamente después.

A los derechos de la víctima se refiere el artículo 60, comprendiendo un elenco directamente inspirado en la legislación comunitaria:

- derecho a la inmediata protección de su vida, integridad, libertad, honor, intimidad y cualquier otro derecho lesionado o amenazado por el hecho punible;
- derecho a ser tratado con pleno respeto a su dignidad en toda diligencia policial o actuación procesal que se practique;
- derecho a no sufrir intervenciones corporales sin su consentimiento, cuando se trate del ofendido por el delito;
- derecho a la protección de sus datos personales;
- derecho a ser oída por el Ministerio Fiscal en el curso de la investigación;
- derecho al ejercicio de la acción penal y de la acción civil derivada del hecho punible;
- derecho a la obtención del derecho a la asistencia jurídica gratuita, con los requisitos y de la forma prevista en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita;

- derecho a ser informado de la situación procesal de la causa, que comprende el derecho a conocer el estado de las investigaciones, si no están declaradas secretas, las resoluciones sobre la situación procesal del encausado incluidas las relativas a las modificaciones de dicha situación cuando se produzcan, las resoluciones de sobreseimiento y apertura de juicio y la sentencia dictada en cualquier instancia y recurso;
- derecho a obtener la restitución, reparación o indemnización del daño ocasionado por el hecho punible del responsable y, en los casos legalmente previstos, del Estado;
- derecho a ser informada de los derechos anteriormente referidos.

Los preceptos siguientes tienen por objeto las víctimas especialmente vulnerables –por edad, enfermedad, discapacidad o situación peculiar, fórmula abierta– (artículo 61), la confrontación visual entre víctimas y encausado (artículo 62), la víctima testigo protegido (artículo 63), la información de derechos (artículo 64), el ejercicio de la acción penal por la víctima, reconociéndole plena autonomía, mediante querella, salvo que el hecho ya sea objeto de investigación por la Fiscalía, y con posibilidad de que el juez de Garantías acuerde la actuación a través de una única representación procesal y asistencia letrada, si son más de una las víctimas personadas por la misma acción u omisión y no existe incompatibilidad entre ellas (artículo 65), el ejercicio de la acción civil (artículo 66), el ejercicio de las acciones por las asociaciones de víctimas y por personas jurídicas legitimadas por la ley para la defensa de ciertos derechos (artículo 67) y el ejercicio de la acción civil por el cesionario (artículo 68).

No acaban aquí las menciones que con ocasión de distintas materias hace el prelegislador a la víctima, el perjudicado o el ofendido, por ejemplo, atribuyendo al fiscal legitimación por sustitución para el ejercicio de la acción civil en interés del perjudicado, artículo 57, salvo que se constituya en parte, o, cuando al regular la Policía Judicial, fija entre sus obligaciones la protección de la víctima (artículos 79 y 82), al establecer plazo para las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal (artículo 127), y en punto a la publicidad de las actuaciones, estableciendo la posibilidad de secreto para protección de la víctima (artículo 136).

En el libro II –Disposiciones generales sobre las actuaciones procesales y la mediación penal–, a propósito de este último aspecto se regula la Mediación Penal (artículos 143 a 146) en que el protagonismo de la víctima es significativo.

La Exposición de Motivos indica que la mediación penal persigue posibilitar la utilización, voluntaria, de un mecanismo de solución del conflicto entre infractor y víctima que satisfaga las expectativas de la víctima de obtener una explicación del hecho, la petición de perdón y una pronta reparación.

Hasta el presente, salvo en el ámbito del derecho sancionador de menores, este mecanismo se ha ensayado pero carece de concreta y sistemática regulación, pues la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 (2001/220/JAI) relativa al Estatuto de la Víctima en el proceso penal no llegó a ser desarrollada; el texto alentaba a los Estados miembros a «Impulsar la mediación en las causas penales [...] y a velar para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación»; igualmente, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre, que sustituye a la citada Decisión Marco, precisa una transposición a nuestro ordenamiento interno. La perspectiva del prelegislador es que la Justicia restaurativa no significa limitar el fin del Derecho Penal al indemnizatorio o reparador (satisfacer a la víctima) diluyendo las diferencias con el Derecho Civil, pero sí redescubrir que la reparación –concebida como algo mucho más rico que la pura indemnización económica– puede tener también unos efectos preventivos importantes: la mediación no es un fin, sino un instrumento para alcanzar ciertos fines en los que ocupan primer lugar los intereses de la víctima.

En el libro III, Medidas Cautelares, Título II, Medidas cautelares personales, en su Capítulo VI –Otras medidas cautelares– toma asiento la Sección 4.^a «Medidas Protectoras de la víctima», artículos 190 a 194 respectivamente dedicados a la prohibición de aproximación o comunicación, prohibición de entrada en locales y determinados lugares, prohibición u obligación de residencia, suspensión de la patria potestad, guarda y custodia, tutela, curatela o administración de bienes y orden de protección. Pero no es esta la única mención a la víctima en sede preventiva, pues p.e. la defensa de futuras agresiones a las víctimas o a terceras personas durante el proceso es uno de los designios de la tutela cautelar, plasmada asimismo cuando se indica los fines de la prisión preventiva (artículo 154) o su prórroga (artículo 156) o se modula la excepcionalidad de otras medidas cautelares personales (artículo 180) y se explicita su catálogo (artículos 181 y 185).

Especial cuidado se brinda a las medidas protectoras de la víctima –alejamientos y suspensión de la patria potestad, guarda y custodia, tutela, curatela, o administración de bienes– (artículos 190 a 193), y significadamente a la orden de protección (artículo 194), con expresa cita también a la víctima en las medidas neutralizadoras de la peligrosidad del encausado (artículos 195 a 199).

Entre las medidas cautelares reales el artículo 216 menciona como instrumentos del delito sobre los que pueden recaer, los elementos causantes del peligro o lesión de la víctima, para más adelante, en el artículo 233, asignar al fiscal la tarea de instar al encausado para que proceda a la restitución, reparación o indemnización al perjudicado, haciéndole saber las eventuales consecuencias atenuadoras de tal proceder en la posible condena, y menciona también al perjudicado, a propósito de la cuantificación del coste de las reparaciones, para la adopción de fianza y embargo (artículo 236).

En el Libro IV, del proceso ordinario, son numerosas las invocaciones a la víctima como destinataria de las actuaciones e inspiradora de sus designios. Así, la protección de la víctima es objeto de las diligencias de investigación (artículo 239) y el decreto de apertura ha de informar sobre la identidad de los ofendidos y perjudicados, notificándoles además dicho decreto (artículos 244 y 245), asimismo con la inscripción de la causa se entiende ejercitada la acción civil que se funda en el hecho punible, salvo que el perjudicado renuncie o se reserve su ejercicio (artículo 249); sobre su protección dispone el Tribunal de Garantías en trance de decidir la oportunidad del archivo acordado por el Ministerio Fiscal (artículo 258); y entre las diligencias de investigación del Título II de este Libro, la protección es también tenida en cuenta para el concepto de «flagrancia» que posibilita la entrada en domicilio o lugar cerrado sin autorización judicial (artículo 343), y el examen y descripción del lugar de los hechos en la inspección ocular menciona también a la víctima (artículo 361); al hilo de la prueba testifical anticipada es asimismo mencionada la víctima (artículo 385). Igualmente el artículo 418 hace mención al ofendido y al perjudicado en punto a la conclusión y archivo de las diligencias si falta la denuncia siendo preceptiva.

A propósito de la celebración del juicio oral (Título V del Libro IV), entre las Disposiciones Generales, Capítulo I, se contempla la información a la víctima incluso si no es parte ni debe intervenir (artículo 438) y se regula el lugar de la sala de vistas de la víctima, a la que se reservará «un lugar adecuado» (artículo 442).

Entre los procesos especiales, Libro V, el Título IV, rubricado «Proceso de decomiso autónomo», al que pone fin sentencia, se disciplina el destino de los bienes objeto de decomiso, estableciendo la satisfacción de responsabilidades civiles en favor de los perjudicados y, si hubiera exceso, se destinará a financiación de programas de prevención del delito o protección de las víctimas (artículo 556).

El Libro VII del Código se dedica a la ejecución, y las alusiones a la víctima son numerosas, dentro del refuerzo de las garantías de las dos partes esenciales en el proceso de ejecución: condenado y víctima. Así, por ejemplo, a propósito de la suspensión de la ejecución se prevé se notifique la resolución que la acuerde (artículo 654); o, tratando la ejecución de la pena de prisión, al regular el control judicial, y concretamente los recursos en relación con los permisos de salida durante la condena previstos en la Ley Orgánica General Penitenciaria, en caso de que el penado cumpla condena por delito contra la libertad o integridad sexual o relacionado con la violencia contra la mujer, estando la víctima personada, se la dará traslado del recurso (artículo 676); también, en ejecución de penas de alejamiento prevé se comunique la liquidación de condena a la víctima o personas a que estuviera referida la prohibición (artículo 682).

2.– El *Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, refuerza en algunos aspectos la tutela de la víctima, v.gr. al diseñar la pena de nuevo cuño «prisión permanente revisable», en que tras el cumplimiento de 35 años de prisión y acreditada la reinserción social del penado, este puede obtener una libertad condicionada a ciertos requisitos, y entre estos la adhesión al cumplimiento del compromiso de reparación (moral y material) a favor de las víctimas de sus delitos; al regular la suspensión de la pena para la libertad condicional es igualmente contemplado el resarcimiento de la víctima. En la parte especial, al sancionar el delito de detención ilegal con desaparición, en que se añade dos supuestos agravados en caso de víctima menor de edad o finalidad sexual, o en el caso de delitos patrimoniales, en que el perjuicio causado a la víctima o su situación de desamparo fijan el acento para determinar la gravedad de la infracción, etc.

3.– El *Anteproyecto de la Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito* que aprobó el Consejo de Ministros celebrado el día 25 de octubre de 2013, atribuye una serie de derechos a las víctimas estén o no

personadas en el proceso penal, constituyendo un catálogo general de derechos procesales y extraprocesales de todas las víctimas de delitos, entre los que destaca el derecho a la información en lenguaje comprensible y a asesoramiento legal, comunicación de la fecha del juicio, notificación de sentencias y resoluciones de sobreseimiento, adopción de medidas cautelares y de libertad del encausado; asimismo se menciona el derecho a la traducción e interpretación gratuita de la información para ejercer sus derechos, y a servicios especiales de asistencia. Se hace especial hincapié respecto a la participación en el proceso penal, posibilitando el recurso de los sobreseimientos, incluso sin previa personación. A propósito de la ejecución, en los casos de víctimas de delitos de homicidio, terrorismo, lesiones, tortura y contra la integridad moral, robo cometido con violencia, contra la libertad y la integridad sexual o los cometidos dentro de una organización criminal, y siempre y cuando las penas de prisión sean superiores a cinco años, podrán recurrir la libertad condicional del penado, y, además, las resoluciones por las que el juez autorice la posible clasificación en tercer grado antes del cumplimiento de la mitad de la condena; también se reconoce legitimación a la víctima para promover la imposición de medidas de control al delincuente en situación de libertad condicional. Aspectos como el reembolso de gastos, restitución de bienes y acceso a los servicios de justicia reparadora son también contemplados. El régimen de medidas de protección de las víctimas para evitar su victimización secundaria y la protección de las víctimas especialmente vulnerables y los menores, tienen particular tratamiento en el anteproyecto.

4.– Una última reflexión de lege ferenda se impone a propósito de la dimensión moral del desagravio a la víctima, cuya reparación integral incluye la revelación de los hechos y el esfuerzo de sancionar a los responsables.

El *derecho a la verdad*, en un primer momento vinculado al Derecho Internacional Humanitario, comprendió el derecho de conocer la suerte de personas desaparecidas en conflictos armados, y su inicial plasmación fue el artículo 32 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra, siendo después ampliado a toda víctima de graves violaciones de derechos humanos.

Aun no mencionado explícitamente en la generalidad de los tratados y convenios sobre derechos fundamentales, guarda directa vinculación con otros –derecho a la dignidad, la tutela judicial efectiva, la información,

etc.– y su reconocimiento tiene raíces en la costumbre internacional, conjunción de una *opinio iuris* manifestada mediante declaraciones, principios y pronunciamientos judiciales, y un *usus* traducido en la creación de Comisiones de la Verdad, que según Amnistía Internacional ascienden a día de hoy a treinta y cuatro.

Entiendo que el derecho a la verdad reivindicado por las asociaciones de víctimas ha de ser aplicado a toda clase de víctimas, aunque tiene un especial ámbito de proyección en las desapariciones de personas, constatada o no la certeza de la muerte. Casos como el de Publio Córdón, la joven Marta del Castillo o los niños Ruth y José Bretón, o los numerosos supuestos de adopciones ilegales de recién nacidos ahora objeto de investigación, ponen de manifiesto la oportunidad de un explícito reconocimiento del derecho a la verdad como indisolublemente unido a la condición de víctima, y el menester de una respuesta legal frente a su transgresión que lo armonice con los derechos constitucionales a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable.

5. Conclusión

El juicio justo como escenario de debate, y materialización del orden constitucional, ha de preservar las garantías del imputado y con igual intensidad salvaguardar los derechos de la víctima. Abandonando el sistema de tutela que se configuraba exclusivamente en torno al imputado, todos los operadores del sistema penal hemos de contribuir a la efectividad en la protección de los derechos de las víctimas, y a conseguir una neutralización de los perniciosos efectos de todo orden, físicos, psíquicos, económicos, sociales, etc., que produjo la infracción criminal, acudiendo también a mecanismos restaurativos colaterales al proceso penal cuando se muestren como sistema idóneo. Los colectivos especialmente vulnerables (menores, ancianos, mujeres maltratadas, grupos minoritarios o desarraigados con mayor índice de victimización, etc.) merecen un esfuerzo extremo por nuestra parte.

Reparar la dignidad zaherida de la víctima favorece a todos los partícipes en el proceso, y allana la rehabilitación del penado, objetivo de la sanción.

Recientemente ha sido publicada la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, en el caso Del Río Prada VS. España 42750/09, de 21 de octubre, sentencia que censura la llamada Doctrina

Parot. Secuela de esta sentencia es la excarcelación anticipada de numerosos condenados por delitos muy graves, merced a un cómputo de beneficios penitenciarios distinto al que venía aplicándose. A mi parecer, la resolución se aparta del sentir social y jurídico acorde a la protección y reparación de las víctimas.

FILIACIÓN POST MÓRTEM¹

Julio J. Sánchez Barreda

Miembro colaborador de la Institución Gran Duque de Alba

Noelia Madrid Gilo

1. Introducción

El tema de la filiación –y más concretamente la figura de la filiación post mórtem–, es una figura perteneciente al Derecho de familia. El Derecho de familia puede ser definido como

el conjunto de normas jurídicas de Derecho privado que regulan un cuerpo colectivo superior (la familia) en todos sus aspectos [...] que fundamentalmente comprende las normas relativas a la relación de pareja, especialmente las matrimoniales, la filiación y las instrucciones de guarda legal².

La materia goza de gran importancia tanto en el concepto de familia como en su Derecho. Pues la figura de la filiación consiste en el reconocimiento jurídico de un descendiente directo (hijo) en aras de producir los efectos que se derivan de ella. Por tanto, y como bien dice Manuel Albaladejo: «debe ligar, en principio, a todo generante con todo generado»³, o lo que viene a significar con otras palabras: que el hijo que no se encontrare reconocido no se considerará un miembro de la unidad familiar hasta que se produzca el reconocimiento de este por parte de uno (o ambos) progenitores.

¹ Basado fundamentalmente en la siguiente bibliografía: VV. AA. *Derecho Civil. III: Familia y Sucesiones*. Madrid: Carperi, 2011; ALBADALEJO, Manuel. *Curso de Derecho Civil. IV: Derecho de Familia*. 11.ª ed. Boadilla del Monte (Madrid): Edisofer, 2008.

² *Derecho Civil. III...*, pp. 70-71.

³ *Curso de Derecho Civil. IV...*, p. 207.

Tras un breve análisis del Derecho de familia, de la filiación y de su relación con la unidad familiar, es momento de profundizar sobre el tema en sí mismo planteado. Y para ello vamos a comenzar nuestra reflexión tratando primero el término post mórtem. Este consiste en una locución latina referida a una situación póstuma a la muerte o fallecimiento de un sujeto. El primer pensamiento que posiblemente venga a nuestra cabeza será el siguiente: ¿Cómo va a haber un reconocimiento familiar por parte de una persona fallecida? O también la pregunta inversa: ¿Cómo va a haber un reconocimiento familiar por parte de un progenitor para con su descendiente fallecido? Son preguntas lógicas, pero en la vida –y más en el Derecho– no todo es tan simple como parece a simple vista; y ambas preguntas tienen respuesta, como veremos seguidamente.

Es importante destacar en este momento el art. 39 de nuestra Carta Magna, que dispone lo siguiente:

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.
3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.
4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Este artículo es un pilar fundamental del Derecho de familia y en él se da una clave de vital importancia para el tema que aquí se está tratando, esto es, la posibilidad legal de la investigación de la paternidad (punto segundo). Lo cual supone una importante puerta legislativa para la filiación post mórtem. La regulación de esta investigación aparece recogida en los artículos 108 y siguientes del Código Civil. Señala Manuel Albaladejo que es importante que la Ley ampare esa investigación, señalando que:

aunque se sabe que, sin duda, biológicamente (el hijo tiene unos padres), como el Derecho los desconoce, no cabe sino admitir que legalmente es un hijo de padres desconocidos. Esto no es una discriminación legal; sino que simplemente la ley no puede hacer nada⁴.

La paternidad es la relación que une a los padres con los hijos⁵. Significando aquí la palabra *padres* el conjunto, tanto de padres como de

⁴ IBÍDEM, p. 210.

⁵ *Diccionario Trivium de Derecho y Economía*. Madrid: Trivium, 1998, p. 492.

madres. Por tanto, la paternidad es el reconocimiento de los ascendientes directos de la persona con independencia de cuál sea su sexo.

Tras esta reflexión, y una vez descubierta la importancia del Derecho de familia y que la Ley ampara la investigación de la paternidad, cabe comenzar a analizar de manera directa la figura que da nombre al artículo.

2. La filiación post mortem. ¿Qué es? Desarrollo de la figura jurídica

Comenzamos definiendo la filiación a través de la obra de algunos autores:

La filiación es «la relación jurídica que se da entre padres e hijos». Puede ser contemplada desde dos aspectos: como hecho natural y como estado o situación jurídica. Normalmente, la filiación se origina por la procreación, que es un hecho natural, mas la filiación como relación jurídica puede originarse con independencia de la procreación, como sucede en la filiación adoptiva⁶.

El ordenamiento jurídico recoge y regula esta realidad distribuyendo derechos y obligaciones entre padres e hijos en el Título V del Libro I del Código Civil. Y así se establece en el artículo 108 del Código Civil:

La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí.

La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

Una vez analizado el concepto de filiación de una manera más específica e individualizada toca teorizar sobre la suma de conceptos que forman el tema en cuestión: por un lado *filiación* y por otro, *post mortem*. Como hemos dicho antes, *post mortem* hace referencia a una situación temporal póstuma a la defunción o fallecimiento de una persona. Por lo tanto: la *filiación post mortem* es aquella *filiación* en un momento temporal posterior al fallecimiento de alguno de los sujetos de esta relación jurídica. Ello deriva mediante la sumatoria de conceptos en la siguiente definición: «La filiación post mortem es la relación jurídica que se da entre padres e hijos; produciéndose ésta tras el fallecimiento de uno de ellos» (es obvio que la filiación post mortem se basa en un reconocimiento a posteriori del descendiente; sin embargo: hay una figura

⁶ *Derecho Civil. III...*, pp. 77-1.

«biológicamente»⁷ posible, en sentido físico; que proporciona la posibilidad de fecundar a un hijo de manera post mórtem: la *fecundación* post mórtem, que posteriormente será analizada en el siguiente apartado).

La relación de filiación plantea una serie de problemas jurídicos: estos son los relativos al modo de fijación, determinando en cada supuesto quién es el padre o la madre, en función al hijo, y la asignación de un determinado contenido jurídico de derechos y obligaciones a la relación que se establece entre ambos.

Veremos cómo se establece esta relación con respecto a las diversas formas de acceso a la realidad jurídica, y en función de los diversos modos de tal acceso, a tenor de lo dispuesto en el artículo 120 del Código Civil, toda vez que el reconocimiento puede hacerse ante el encargado del Registro, o bien en testamento o en otro documento público.

- *Ante el encargado del registro*: hay imposibilidad de que esta situación suceda, pues el reconocimiento ha de hacerse en persona, por tanto el progenitor ha de estar vivo para poder hacer tal reconocimiento. Pero sí puede suceder el caso de que el padre reconozca a un hijo fallecido, como veremos a continuación.
- *En testamento*: No tiene ninguna limitación, puede ser de cualquier tipo y no entraña ningún problema.
- *En otro documento público*: Que estará en función a sus peculiaridades especiales.

Queda una categoría por mencionar, que no aparece regulada en el artículo 120 del Código Civil, anteriormente citado. Esa categoría es el *reconocimiento mediante sentencia judicial firme*. Y puede ser una sentencia tanto de materia civil, como de orden penal. No obstante, para el caso penal ha de haber habido una condenada por algún delito contra la libertad sexual. El art. 193 del Código Penal dispone que:

en las sentencias condenatorias por delitos contra la libertad sexual, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán, en su caso, los que procedan en orden a la filiación y fijación de alimentos.

⁷ Es obvio que las técnicas de reproducción asistida se pueden considerar biológicas puesto que emulan la fecundación (unión de materiales reproductores en el interior de la mujer). Sin embargo, al no haber coito entre el hombre y la mujer por ello hemos entrecomillado la palabra en cuestión.

Veamos ahora el fundamento de esta institución, es decir, qué efectos jurídicos puede tener en la filiación. En principio, el hecho biológico de la generación debería ser la fuente de la relación jurídica de filiación, en sentido estricto, pero como ese hecho biológico no puede ser constatado por sí mismo, el Derecho se ve obligado a establecer los presupuestos de hecho a los cuales liga los efectos de tal filiación.

Esos efectos de la filiación tienen su base legislativa en el Capítulo I del Título V del Libro Primero del Código civil, sobre la filiación y sus efectos. Y cabe destacar los siguientes:

- Atribución de la patria potestad: la filiación atribuye derechos y deberes. No obstante, en la filiación post mórtem, la patria potestad no produce lógicamente ningún tipo de efecto. Solo podría producir efectos, en un caso excepcional que citamos en el siguiente apartado.
- Deber de cuidar y alimentar a los hijos: incluso aunque no ostentaren la patria potestad. En principio tampoco surte efectos, salvo el supuesto excepcional del reconocimiento de un hijo fallecido que a su vez tenga descendientes.
- Transmisión de los apellidos: ello como consecuencia del reconocimiento.
- Derechos sucesorios: posiblemente los efectos más destacados en este tipo de filiación, y los que más inspiran al uso de esta figura.

A colación de lo expuesto anteriormente, debe mencionarse que pese a no ser el caso en el que se centra mayoritariamente el problema que planteamos, hay otro ejemplo posible de filiación post mórtem distinto al del ascendiente fallecido. Tal caso es, cuando a través del reconocimiento –«el cual es un acto formal por el cual el padre, o la madre, o ambos a la vez, reconocen expresamente a una persona como hijo»⁸– se reconoce a un hijo fallecido. No obstante solo podrá suceder si este tuviere descendientes; quienes además deberán consentir ese reconocimiento (también podrán hacerlo sus representantes legales si los tuvieren).

El Capítulo II, Título V del Libro I del Código Civil (arts. 112 a 126), lleva como título la determinación y prueba de la filiación, y contiene unas disposiciones generales (112 a 114), y unas disposiciones relativas a la determinación de la filiación matrimonial (artículos 115 a 119) y no

⁸ *Derecho Civil. III...*, pp. 77-4.

matrimonial (artículos 120 a 126) en las cuales se regula de una manera más detallada (y junto a otros preceptos) la posibilidad de reconocimiento de un hijo fallecido. Pues en esos artículos «el Código establece una serie de presunciones de paternidad»⁹ los cuales servirán de modo probatorio a favor del hijo vivo.

La determinación de la filiación tiene carácter constitutivo por lo que antes de la determinación no hay relación jurídica de filiación. Aunque cabe decir que el artículo 112 establece que su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquellos. En nuestro caso, los efectos no pueden ser retroactivos pues tanto la persona física como jurídica se encuentra extinta y no es posible aplicar efectos a su personalidad.

Anteriormente ha sido expuesto la posibilidad del reconocimiento de filiación, pero este únicamente afectaba dentro del supuesto de la filiación post mórtem al reconocimiento de un hijo fallecido; pues el reconocimiento es una figura que únicamente pueden utilizar, dentro del ámbito de la filiación los ascendientes (padres). Sin embargo, hay una figura contrapuesta; que es la que pueden utilizar los otros sujetos (no únicamente hijos) y que se conoce como reclamación.

Dentro de las acciones de reclamación se incluyen aquellas mediante las cuales se solicita que el órgano jurisdiccional declare la existencia de una relación paterno-filial entre el reclamante y otra u otras personas¹⁰. Hay que explicar también en qué consiste la posesión de estado: «aquellos hechos que crean la apariencia de que una persona tiene un estado determinado»¹¹.

El Código divide las acciones de reclamación en aquellas en las que hay manifestadas una posesión de estado, y en las que no lo hay.

Reclamación de la filiación (matrimonial o no matrimonial) manifestada por la posesión de Estado: a tenor del artículo 131 del Código Civil se regula la posibilidad de cualquier persona, que goce de un interés legítimo, podrá reclamar o declarar la filiación manifestada por la constante posesión de estado, siempre que esa filiación no contradiga a otra que ya estuviere legalmente determinada. Esta acción la pueden interponer

⁹ *Derecho Civil. III...*, pp. 77-2.

¹⁰ *Derecho Civil. III...*, PP. 77-8.

¹¹ Definición perteneciente a monografías.com. Artículo «Posesión de Estado» enviado por Carla Santaella.

quienes estén afectados directa o indirectamente; no hace falta ser el determinado como hijo en la filiación para interponer la reclamación. Por tanto, es posible que haya sucesos de filiación post mórtem derivados de una reclamación por una persona externa al vínculo de la filiación que, por un motivo u por otro, tenga un interés en que esa filiación sea reconocida por el órgano jurisdiccional.

La nota más importante relativa a la filiación post mórtem es que para el ejercicio de esta acción no hay ningún plazo de caducidad, por lo que podrá ser ejercitada durante toda la vida del hijo; sin mediar importancia cuando el progenitor hubiere fallecido. Pero una vez fallecido el hijo, esta acción no se transmite a sus herederos.

Reclamación de filiación que no goza de posesión de estado:

1) Filiación matrimonial:

La acción de reclamación de la filiación matrimonial corresponde al padre, a la madre o al hijo, y es imprescriptible (artículo 132 del Código Civil). A este supuesto han de equipararse aquellos otros en que, aun existiendo posesión de estado, esté acreditada legalmente otra filiación y, respecto a los herederos, cuando el hijo hubiere fallecido¹².

2) También se regula otro tipo de filiación post mórtem cuando se permite

la transmisión de esta acción a los herederos del hijo: cuando éste falleciera antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzara plena capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda. En estos casos, la acción podrá ejercitarse por los herederos por el tipo que faltare para completar dichos plazos (artículo 132, párrafo 2)¹³.

3) Filiación no matrimonial:

La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado o en los supuestos a él equiparados corresponde al hijo durante su vida (artículo 133). Esta acción se transmite a los herederos en el caso anterior¹⁴.

La cuestión relativa a la filiación post mórtem también implica abordar «supuestos en los que la seguridad jurídica se ve afectada por la aparición de un hijo a título póstumo cierto tiempo después del fallecimiento del

¹² *Derecho Civil. III...*, pp. 77-8.

¹³ *Derecho Civil. III...*, pp. 77-8.

¹⁴ *Derecho Civil. III...*, pp. 77-9.

padre. Esta cuestión repercute, además de en la conformación de la identidad del propio menor, en los intereses de terceros, pues la aparición puede condicionar repartos hereditarios, anulación de operaciones económicas realizadas sin contar con él, establecimiento de cargas familiares [...]»¹⁵. No obstante, esto es una consecuencia lógica pues según la legislación civil, todos los hijos son iguales sin importar su origen. Y por tanto, «cuando los padres estén legalmente determinados, la ley les liga en un estado de filiación con el hijo, estado en el que en todo caso, y para todos los hijos, sus derechos son los mismos»¹⁶.

3. La fecundación post mórtem. Concepto y desarrollo legal. Jurisprudencia

Tras analizar de forma exhaustiva la filiación post mórtem queda por hacer una última referencia a otro tipo de filiación. Un tipo que además se caracteriza por su peculiaridad pues la fecundación se produce con material reproductor del varón fallecido; por tanto ni media coito ni acceso carnal entre el varón y la mujer (como se presuponía en el Código Civil) ni la fecundación se produce en vida del varón. Por tanto, y realizando una suma de conceptos como hicimos en el apartado anterior para la definición de filiación post mórtem, repitiendo el proceso obtenemos la siguiente definición: «la fecundación post mórtem es la unión de gametos (masculinos y femeninos) encaminada a concebir una nueva persona, pero con la excepcionalidad de que este acto sucede tras la muerte del varón».

La filiación en términos generales de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles con las especialidades que contiene la Ley 14/2006 y a ella hemos de acudir para el tratamiento de esta figura. El artículo 9 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, dispone:

1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material

¹⁵ Ricardo Cañizares: http://www.abogadofamilia.es/detalle-novedades-legislativas.php?news_id=21

¹⁶ *Curso de Derecho Civil. IV...*, p. 210.

reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del *artículo 49 de la Ley del Registro Civil*, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.

En este artículo se encuentra la base fundamental de la figura, junto a la jurisprudencia relativa al tema (la cual, por lo inhabitual del asunto, no es muy amplia; lo que hace que tras la última modificación de 2006 se quede anticuada gran parte del contenido jurisprudencial). Por ello a través de la doctrina reciente vamos a analizar un supuesto resuelto por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Valladolid en sentencia de fecha 12-12-2007, que nos va a permitir estudiar los cambios producidos por la última reforma legislativa en este ámbito. Y a la vez analizar la evolución legislativa.

El art. 9 de la Ley 35/1988, reguló por primera vez un supuesto basado en la pretensión del uso del material genético de una persona ya fallecida. Dicha norma estableció que debía existir un consentimiento expreso y fehaciente del marido para que pudiera emplearse «post»¹⁷ su material genético.

La Ley 35/1988, ya derogada, establecía en su artículo 9:

1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

Se exigía, pues, la existencia del consentimiento del marido por escrito y en documento público o disposición testamentaria. No había margen alguno para que pudiera presumirse otorgado por otros medios. Cabe

¹⁷ Es un término muy empleado en las sentencias, por ello se seguirá utilizando el mismo en este trabajo.

destacar en relación a ello, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de septiembre de 2004, que señalaba lo siguiente:

[...] de la dicción de tal precepto podemos deducir que la utilización del material genético del cónyuge o varón no unido por vínculo matrimonial fallecido, la condiciona la Ley al cumplimiento de los requisitos siguientes: 1) que haya expresado su consentimiento en escritura pública o testamento, es decir, de forma indubitada, con intervención de un fedatario público que así recoja y constate dicha autorización; 2) que sea utilizado dentro de los seis meses siguientes a su fallecimiento, periodo temporal en el que la mujer deberá expresar su voluntad receptiva al respecto, ya que evidentemente su inseminación con el semen identificado del que fue su marido o pareja requiere la bilateralidad; 3) dicho consentimiento es un acto personalísimo, que no puede ser suplido por los herederos del cónyuge o pareja premuerta, y 4) que es sustancialmente revocable, en cuanto la Ley señala que podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de tales prácticas, siendo obvio que en tal caso la inseminación no puede tener lugar.

En ese mismo sentido se había pronunciado la Audiencia Provincial de La Coruña en resolución de 3 de noviembre de 2000 diciendo:

[...] es una aspiración humana atendible utilizar «post mortem» el semen de la pareja premuerta, y la Ley confiere expresamente tal posibilidad, ahora bien la condiciona a unos requisitos que, en este caso, no han sido observados, y que no pueden, en consecuencia, ser suplidos mediante el consentimiento de los parientes más próximos o una autorización judicial, al exigirse a tal efecto la expresión de un consentimiento de naturaleza personalísima, y sobre el cual debió ser informado el cónyuge premuerto al someterse a la extracción correspondiente para el depósito de su semen.

La vigente Ley 14/2006, modificó la norma, recogiendo, además de los casos de autorización en escritura pública y testamento, el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, es decir, el de autorización a la esposa para que se someta a tratamiento, y el documento de instrucciones previas. Por otra parte, añadió la posibilidad de consentimiento tácito o presunto, para lo cual sería necesario que el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

En el caso que estamos analizando habría que determinar si se dan las circunstancias para entender prestado ese consentimiento en el documento mencionado en el art. 6.3.

El art. 9 se remite al art. 6.3 en lo relativo a la posibilidad de que en ese documento se preste el consentimiento para la utilización póstuma del material genético del marido, es decir, el hecho de que se autorice a la esposa a someterse a tratamiento, por así exigirlo la Ley, sólo implica ese consentimiento, aunque la Ley contemple que en ese mismo documento

se puede incorporar la autorización del art. 9. El artículo 6.3 de la Ley 14/2006 dice:

si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal.

Por lo tanto, ese consentimiento es un requisito genérico que no determina la autorización post mortem, pues tal interpretación conduciría a la conclusión de que, dado que todas las mujeres casadas o con pareja estable que inician el tratamiento han de ser autorizadas por su marido o conviviente, este ha de consentir el uso de su material genético después de su muerte, pues la firma del documento previsto en el artículo 6.3 equivaldría a tal autorización, según ese planteamiento. Por lo tanto, es en parte contrario al artículo 9 que exige una autorización expresa y rotunda del marido. Lo único que la Ley ha matizado en la reforma del año 2006 es que, además de los documentos tradicionalmente vinculados a mayores formalidades, como las escrituras públicas o los testamentos, hay otros documentos, como el del artículo 6.3, en los que se puede incorporar esa autorización.

En determinados supuestos, la redacción del consentimiento informado elaborado por las autoridades sanitarias puede originar diversos problemas, pues, ante esa previsión legal, debería el marido (o conviviente) ser expresamente preguntado sobre esta cuestión, de forma que en todo caso existiese un pronunciamiento que evitase un supuesto como el que se da en tal caso, pues aunque se llegue a la conclusión de que hubiere deseado autorizarlo, se ha de rechazar la petición formulada por no haberse dado cumplimiento a unas determinadas formalidades. Además, en el supuesto referido la muerte se produjo por un accidente por lo que fue imposible que se hubiera pronunciado al efecto.

Con respecto a este tema, cabe citar una sentencia dictada por la Corte de Apelación Civil británica el 27 de febrero de 1997 en el caso conocido como *Diane Blood*; esa resolución supuso un referente a nivel mundial y tuvo especial trascendencia en Europa, al basarse su pronunciamiento en la Declaración Europea de Derechos Humanos y la forma en que esta podía afectar a los tribunales en la interpretación y aplicación de la norma de Derecho interno sobre reproducción asistida:

parece, por tanto, que, en el futuro, los responsables de los tratamientos conjuntos para hombres y mujeres, deberían prevenir que no se obtenga únicamente el consentimiento necesario para la conservación, sino también para permitir que el tratamiento continúe si el varón tiene la desgracia de fallecer antes de que el espermatozoide sea usado.

En ese supuesto, no pudo permitirse el uso de ese material genético en suelo británico, por ser contrario a la normativa vigente, que exigía un consentimiento expreso aunque las autoridades sanitarias de ese país tenían que permitir la salida del material genético del marido fuera de las fronteras de Gran Bretaña, al ser autorizada la esposa a recibir tratamiento en Bélgica, país en el que la Ley entonces vigente no exigía las mismas formalidades. Sin embargo, tal planteamiento sería imposible en la actualidad pues la vigente Ley belga, exige también la autorización expresa del marido para el uso «*post*». En este caso la firma del fallecido se estampó sólo a los efectos de autorizar el tratamiento, pero no el uso de su material genético en caso de que él falleciera por lo que se concluyó que no existía un consentimiento en el documento previsto en el art. 6.3 de la Ley.

La última posibilidad que cabría contemplar es la del consentimiento presunto, que la parte demandante razona en su petición inicial, el cual debe entenderse prestado al estar sometido a un tratamiento ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento. El art. 1.2 de la Ley 14/1996 señala:

a los efectos de esta Ley se entiende por preembrión el embrión *in vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde.

Por su parte, el art. 9 dice:

Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

La Ley impone en este caso una sola exigencia, y es que existan preembriones constituidos antes del fallecimiento del marido. Teniendo en cuenta que por preembrión se entiende el embrión *in vitro*, es decir, el grupo de células resultante desde la fecundación hasta catorce días después, al no existir aún material genético del marido es imposible que pueda haber preembriones constituidos antes de su muerte, destacándolo así el médico forense en su informe. Por tanto, no basta con que se haya iniciado el tratamiento, sino que exige que existan preembriones antes del fallecimiento del marido, lo que tampoco concurre en este caso.

En definitiva, no existe una escritura pública, disposición testamentaria o documento de instrucciones previas, pues se ha recabado información al

respecto que ha resultado infructuosa. No es posible entender prestado el consentimiento para el uso post mórtem del material genético del difunto porque en el consentimiento informado suscrito por él no fue preguntado al respecto y, por último, no hay preembriones constituidos antes de su fallecimiento, lo que hubiera permitido entender que existió un consentimiento tácito o presunto. En definitiva, no consta acreditada ninguna de las circunstancias que contempla el art. 9 de la Ley 14/2006 para la utilización «*post*» del material genético del marido, por lo que en el fallo de la sentencia se rechazó la autorización solicitada.

LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LA MUJER EN LA ANTIGÜEDAD Y EN LAS EDADES MEDIA Y MODERNA

Marta Sánchez Prieto
Magistrada

La evolución de la condición jurídica de la mujer en el Derecho histórico español, presenta grandes dificultades que atienden, principalmente, a la amplitud de la materia, que obliga a una síntesis en la que solo cabe destacar las líneas generales de aquella evolución en sus principales aspectos.

El estatus jurídico de la mujer en la Historia ha venido delimitado, de un lado, por sus diferencias naturales respecto del hombre y, de otro, de su posición en la familia –como esposa, madre e hija– o en la sociedad.

Analizaremos varias etapas, a saber: España romana, Alta Edad Media y del siglo XIII al XVIII, en muchas de las cuales hay identidad de planteamientos y soluciones, muchas de las cuales responden a los modelos y textos romanos.

1. Derecho primitivo

Son muy escasos los datos que poseemos acerca de la condición de la mujer en la España primitiva, pero de ellos podemos deducir que no era igual en todas las regiones pues es evidente que entre los pueblos donde la familia se asentaba en un régimen matriarcal, la posición de la mujer resultaba incluso superior a la del hombre.

A principios del siglo I de nuestra era, en los pueblos del norte de España parece que predominaba la ginecocracia (predominio de la mujer en

la vida pública, es el centro de la vida familiar), mientras que en el resto de pueblos rige el sistema patriarcal.

A modo de ejemplo, entre los cántabros y astúres las mujeres desplazaban a sus hermanos de la herencia paterna y eran ellas las que cuidaban de casarles y las que, al contraer matrimonio, recibían una dote del marido.

El historiador romano Estrabón recogió como hecho cierto el que la mujer, aunque sin anular la autoridad del marido, sí que ocupaba entonces un puesto relevante en la vida social; y en este sentido entre algunos pueblos celtíberos nos dice Salustio que las mujeres imponían sus opiniones frente al senado de los ancianos.

Otros ejemplos: en los pueblos primitivos de las Islas Baleares, se daban en rescate por cada mujer, cuando era raptada por los piratas, tres o cuatro hombres; entre los íberos se tenía la costumbre de ser muy agradecidos con los romanos cuando estos les devolvían las prisioneras sin haberlas ultrajado.

2. Derecho Romano

Los historiadores del Derecho tienen claro que la condición jurídica de la mujer entre los romanos, en la época de la conquista de España, difiere de la del hombre, por cuanto que alcanzaba la pubertad antes que este y en su esfera privada sí que tenía importantes restricciones y limitaciones en su capacidad jurídica y de obrar.

La distinta edad en que se llegaba a la pubertad, antes en la mujer que en el hombre, con las consecuencias inmediatas de aquella– amplitud para la procreación y madurez intelectual– determina en la España romana una primera diferencia jurídica entre el hombre y la mujer (12 años para las mujeres, 14 para los hombres; anticipación de la mayor edad por emancipación a los 18 años en la mujer, 20 en el hombre), si bien es cierto que la mayor edad la alcanzaban ambos sexos a los 25 años, sin distinción alguna.

En el sistema patriarcal la familia del hombre prevalece y la mujer, al casarse, abandona la suya y se integra en la del marido quedando sujeta a su poder absoluto, lo que repercute en la condición de los hijos, puesto que los varones van a continuar la familia paterna y las hembras, al casarse, abandonarán su familia de origen para formar parte de la del marido.

Como consecuencia, al formar parte de una familia como hija o esposa se hallaba sujeta a la autoridad del padre o del marido (Ley Salpensa 22

y 28), pero también cuando ya era *sui iuris* salía malparada ya que suponiendo el jurista Gayo a la mujer de carácter ligero y expuesta al engaño y a su vez Ulpiano, ignorante de las cosas públicas, se la sometía a tutela cualquiera que fuera su edad.

En el caso de la viuda, rotos sus lazos con la familia de origen y la de adopción, pese a todo quedaba sometida a la autoridad del nuevo jefe de la familia o tutor.

Desde luego, incapaz en el ámbito político con exclusión de toda intervención en las asambleas populares, impedimento para el ejercicio de actos de potestad, ni como madre de familia, ni por adopción, ni como tutora, y sin capacidad para suceder, su discriminación llega hasta su incapacidad para obligarse, contraer obligaciones mediante fianzas o préstamos a favor de otras personas, tratando estas prohibiciones de protegerla contra posibles engaños (Senado Consulto Velleiano, año 46 d.C).

En el Derecho Romano postclásico, siglo III ya de nuestra era, parece que las cosas cambian un poco a mejor; así, la mujer ya no ha de estar sometida tanto a la autoridad del marido ni a la de su tutor, el cual ya ostentaba sólo una función nominal.

El matrimonio constituye un grupo familiar autónomo, en el que, si bien continúa prevaleciendo el marido, la mujer mantiene una cierta independencia y su relación con su familia de origen y, en consecuencia, la autoridad del marido no es tan absoluta.

Quiere decirse que se pasa de una situación en que la mujer casada al casarse queda plenamente sujeta a la *manus* del marido, a otra en que ya no hay tanta *manus* y resalta más la idea de consorcio con los mismos derechos y deberes.

En cambio, permanece la incapacidad para ejercer la potestad sobre sus hijos, así como para adoptar, si bien las hispanas ya en el año 390, y mientras permanecieran viudas, sí que podían ser tutoras de sus hijos, suceder *ab intestato*, interceder como fiadoras por otros o actuar en los negocios de otra persona, por lo que hay que reconocer que algo de avance sí supuso.

Cabía, no obstante, la posibilidad de su emancipación a partir de los 18 años, aunque la *fragilitas sexus*, como concepto, impuso a los legisladores cautelas en todo lo referido a la contratación por terceros.

Como conclusión podemos afirmar que la opinión de los hispano-romanos sobre la capacidad de la mujer –independientemente de su afecto por ella y de la influencia que pueda ejercer– tal como se refleja en los

textos jurídicos es poco favorable: es voluble, fácil de engañar e ignorante de las cosas públicas.

3. Incidencia del Cristianismo

El Cristianismo otorga a la mujer, a priori, una dignidad que antes no tenía porque, aun siendo más débil que el hombre (en su concepción antigua), es, sin embargo, coheredera de la gracia de la vida y debe tratársela por ello con honor (San Pedro: *Epíst* 1) e, incluso, recomienda al marido que ante ella no haga uso de su autoridad.

«Compañera te doy, no esclava», decía san Pablo, aunque también dijo lo de «el hombre es cabeza de la mujer».

La Iglesia primitiva predica para todos y a las mujeres también las quiere salvar, mas, conforme a la tradición judía, los escritores eclesiásticos consideran a la mujer como supeditada al hombre... (a fin de cuentas, por su culpa, el hombre, hecho a imagen de Dios, perdió el Paraíso, recordemos lo de la manzana y la serpiente...).

San Agustín admitía como un hecho natural que la razón de la mujer era inferior a la del hombre y san Isidoro destacaba la debilidad física de la mujer, la vehemencia de su temperamento y su concupiscencia.

Por ello, como los Padres de la Iglesia atribuyen la corrupción romana en gran parte a la libertad conseguida por las mujeres, procuran restringirla y por motivos morales aspiran a que la educación de la mujer sea más rigurosa y estrecha que la del hombre, que se mantenga bajo la tutela y protección de este, sea padre, hermano o familiar, y que se le restrinja su libertad en cuanto a la disposición de los bienes, evitando, asimismo, que comparezca sola en juicio a defender sus derechos.

El auge posterior, desde el siglo XIII, de la filosofía aristotélica y escolástica empeora la concepción cristiana del género femenino. Santo Tomás, que en lo esencial consideraba idénticos al hombre y la mujer, en lo secundario subraya la inferioridad de esta, nacida del hombre y para el hombre; pero nacida, siguiendo a Aristóteles, como un ser defectuoso, puesto que lo natural es que el hombre engendre un ser semejante a él, es decir, un varón.

4. El Derecho Visigodo (legislación y costumbres)

La mujer entre los germanos gozaba de alta estimación, porque, si creemos a Tácito, veían en ella algo santo y profético por lo que no cabe

menospreciar su consejo. Pero aquel historiador no debe confundirnos, ya que su actuación no trascendía del hogar. Las leyendas nórdicas decían que el mundo de la mujer está entre las cuatro paredes de la casa, de la que es jefe indiscutido— al igual que en Roma— el padre o el marido.

Hay, no obstante, matices entre los pueblos: los primitivos visigodos y los germanos del norte a diferencia de los francos, longobardos, etc., que colocaban a la mujer en un régimen de tutela perpetua, incluso de su propio hijo, reconocieron a la mujer mayor de edad la posibilidad de gobernarse a sí misma, equiparándola casi por completo al hombre.

Piénsese que el sistema visigodo no señalaba distinta edad para cada sexo, por lo que (hecho que se mantendrá durante toda la Edad Media) la edad de la pubertad o mayoría, o cualquier otra, será la misma para el hombre y la mujer.

Los visigodos españoles, partiendo de la doble tradición romana y germana, dan algún paso en el camino de la equiparación de los dos sexos, pues, aunque la mujer sigue careciendo de derechos políticos, alguna ley, al establecer la composición (multa) que ha de pagarse por la muerte de una persona causada por un animal, señala para la mujer, hasta los 15 años, la mitad del valor que para el hombre; en cambio a partir de esta edad y hasta los 20 años, por la mujer se pagan dos terceras partes más que el hombre (está presente la aptitud para la procreación); de los 20 a los 40, un sexto menos; de los 40 a los 50, dos sextos menos; de los 60 a los 65, la mitad; de los 65 en adelante igual.

El rey Ervigio igualó enteramente en este aspecto a la mujer y al hombre, modificando el *Liber Iudiciorum*.

Las leyes visigodas, a diferencia de las actuales, establecían que la responsabilidad penal de uno y otro es la misma a lo largo de toda la vida, incluso cuando ha de aplicarse la pena de muerte, con una excepción para el caso de la mujer embarazada, mantenida invariablemente a lo largo de los siglos, de no ser sometida a tormento, y de retrasar la ejecución de la pena hasta haber dado a luz.

La mujer ahora no solo no está sujeta a tutela de sexo, sino que incluso puede ser tutora de sus hijos y tener potestad sobre ellos; en el año 452 con Valentiniano III y ya antes en el Código de Eurico, lo que mantiene la legislación posterior, se empieza a permitir a la mujer que, al igual que el hombre, desde los veinte años administre libremente su patrimonio, e incluso las restricciones que sufría en materia de Derecho Sucesorio

desaparecen para dar paso a una equiparación de los dos sexos, también ello en la adquisición de bienes en el matrimonio.

Las Leyes antiquae determinaron que la mujer soltera que hubiera sido raptada recibiría al raptor como esclavo, pero el raptor de la casa se hacía, en cambio, siervo del marido. Ahora bien, no se permite a la hija rechazar al esposo escogido por el padre. Y si ella se casa con otro, los dos quedan bajo la potestad de aquel; en el caso de faltar el padre, si los hermanos rechazan a tres pretendientes, podía la muchacha casarse con el que ella eligiera, con tal de que fuera de su condición.

5. La alta Edad Media

La vigencia de los primeros siglos de la Reconquista del Derecho Visigodo hace que la condición de la mujer se mantenga en los mismos términos que antes se han expuesto.

Externamente, se diferenciaba la mujer soltera (virgen o manceba) por llevar el cabello suelto (manceba en cabellos), de la casada (*mulier* o *uxor*) o la viuda, que lo llevaban recogido bajo las tocas, cualquiera que fuera su condición social.

Primigeniamente la manceba (del latín *mancipia*) o joven por razones de decoro y honestidad, con el recogimiento que las condiciones de vida permiten, evitando el trato con los hombres como no sea en público, motivo por el cual a la muchacha se la llamaba también manceba escosa o escondida.

La hija que se casaba contra la voluntad del padre, o prefiere irse con su raptor, en unas partes era desheredada y en otras, además de ello, declarada enemiga. Solo hasta una pragmática de 1776 se permitió a la hija de 23 años o al hijo de 28 que pudieran casarse libremente, sin el consentimiento o consejo de sus padres.

Ninguna diferencia establecía entonces el Derecho entre el hombre y la mujer, en cuanto a la composición o multa que ha de pagarse por su muerte, ni entre las mujeres, según sus distintas edades y estados, si bien en algunas partes, en los delitos contra la honestidad, se distinguía según se tratara de doncellas, casadas o viudas.

No se encontraba la mujer sometida a la patria potestad o a tutela en condiciones distintas al hombre y más allá de la edad en que para este termina, de manera que la mujer viuda podía tener potestad y ser tutora de

sus propios hijos e, incluso, en fecha tardía, adoptar lo mismo que el hombre (Fuero de Soria).

Esta viuda goza de amplia independencia, también económica, como mujer no sujeta a autoridad familiar, pero si volvía a la casa de su padre se equiparaba a la soltera menor de edad.

Como el hombre, podía poseer y enajenar sus propios bienes y en los delitos cometidos contra la honestidad (una violación, por ejemplo) era ella y no sus padres o parientes la que cobraba la composición o multa.

Ya en esta época no se observan diferencias entre los dos sexos en cuanto a su capacidad para adquirir por herencia. Únicamente en cuanto a la prestación de testimonio aparecen ciertas restricciones para la mujer, debidas, más que a la desconfianza de su valor– el testimonio de una mujer de buena fama valía en un testamento como el de un villano–, a la preocupación de mantener su recogimiento, pues el testimonio de buenas mujeres era decisivo en casos de violación, injurias a la mujer o acusación de hechicerías por el marido.

Por ello, la mujer –soltera o casada– solo podía prestar testimonio sobre dichos o hechos acaecidos en los baños, en el río, fuente u horno, sobre partos o trabajos textiles o sobre matrimonio, simonía y compadrazgo. La mujer quedaba excluida de la práctica de las pruebas vulgares, excepto para probar la paternidad de su hijo o eximirse de acusación de aborto (los Fueros de Béjar y de Plasencia lo regulan detalladamente).

La responsabilidad de la mujer y las penas que sufre por su delito son por lo general, en todos los fueros, las mismas que las del hombre, excepto en el caso de hechicería.

Lo hecho por la mujer o los hijos que vivan en la casa se le imputa al marido y responde por ello. En correspondencia al hecho de que la mujer no respondía por los actos del marido y el marido sí; este poseía un poder correccional sobre la mujer y en algún texto medieval aparece la exención de pena al marido que, llevándose bien con la mujer, al castigarla la producía la muerte. Afortunadamente, más tarde, este poder de corrección desaparece.

Se castigaba tanto al marido que abandonaba a su mujer como a la mujer que abandonaba al marido (a esta con pena mucho mayor). La fidelidad entre los cónyuges en principio obliga por igual al marido y a la mujer y la sanción por la infidelidad que en el Derecho Canónico era la misma, en el secular se aplicaba con más rigor a la mujer que al marido,

pues el adulterio de la mujer se penaba en cualquier caso por el propio marido, sin juicio, mientras que el del marido, hasta hace escasas décadas, solo cuando era público y escandaloso y, además, acudiendo a los tribunales.

Hasta el siglo XII, el marido podía unilateralmente repudiar a la mujer; esta lo tenía más complicado y, así, la pena del marido que abandonaba a su mujer era de una monedilla y la de la mujer que abandonaba al marido 300 sueldos, pena igual a la de homicidio. La Iglesia trató de cortar por lo sano estas cuestiones, reafirmando la indisolubilidad del matrimonio.

6. Los cambios del siglo XIII por el Derecho Común

La condición de la mujer cambia de manera decisiva a partir del siglo XIII, por dos órdenes de razones: socialmente, mientras de un lado se la exalta y se proclama el culto a la mujer y al amor, de otro se desarrolla una abundante literatura en que se la niega toda virtud y se la denigra. Unas veces por la inferioridad física y moral que se le atribuye, otras por el recato que debía guardar, evitando su presencia en público; y también por seguir prescripciones del Derecho Romano, las leyes establecen numerosas restricciones a su capacidad.

Es indudable que el ideal de vida para la mujer empieza a constituirlo o el matrimonio o el convento; en cualquier caso, una vida retirada que la aísla aún más del ambiente.

Las leyes, desconfiando de la mujer y acentuando las restricciones a su capacidad, comienzan a negar a la mujer todo poder sobre sus hijos, hasta el punto de no ser necesario su consentimiento para el matrimonio de estos; y aunque la permiten poseer o enajenar sus propios bienes, o pleitear por sí o por su padre impedido, le impiden obligarse o pleitear por otro.

Solamente tras la muerte del padre se empezó a considerar que la madre debía de ejercer la patria potestad sobre los hijos.

A la mujer honesta se la capacita para ser testigo, excepto en testamento.

Los juristas españoles, imbuidos por el Derecho Romano, que es el que empiezan a estudiar en las universidades, se esfuerzan por imponer su aplicación frente a una realidad social y legislativa hasta entonces distinta

—dominada por el Fuero Juzgo—, y es a partir de este momento cuando en Castilla desde el XIII y el XIV con la vigencia de las Partidas (influidas del Derecho Romano), acaban por imponerse los criterios del citado Derecho, discriminatorios en muchos aspectos de la condición de la mujer.

Vamos a exponer la condición general de la mujer, en primer lugar, y a continuación nos referiremos a aspectos concretos de la misma.

A nivel de principios teóricos, la equiparación general entre el hombre y la mujer parece establecida en aquella época, al declarar la Partida VII, 33,6 que cuando las leyes hablan de hombres se alude tanto a los varones como a las hembras, pero cuando descendemos al terreno de las disposiciones particulares nos encontramos, en la línea apuntada de discriminación, con numerosísimas excepciones, pues las mismas Partidas (la IV, 23,2) decía: «de mejor condición es el varón que la mujer en muchas cosas e en muchas maneras».

Los juristas argumentaban que la mayor prudencia del hombre y la mayor fragilidad de la mujer hace que a esta se la dé un trato más desfavorable en aquellas cosas que puede excusar la debilidad del sexo o se impongan las restricciones oportunas para guardar su recato.

Jurídicamente, por mujer se entendía la que había cumplido doce años, sea soltera, casada o viuda. Y a las personas de sexo dudoso (hermafroditas) la ley medieval las consideraba como pertenecientes a aquel que prevalece en ellas.

Una primera diferencia entre el hombre y la mujer se establece en Castilla, Navarra, Cataluña y Baleares en cuanto a la edad a que alcanzaba la pubertad (distinta entre hombre y mujer), mientras que en los restantes territorios es la misma para los dos sexos.

Otra diferencia, basada en principio en la debilidad física de la mujer, es la que suponía su muerte antes que la del marido, en caso de ignorarse el momento de una u otra (así los Furs de Valencia).

El Código Civil eliminó después esta diferencia, aunque la debilidad física de la mujer para el trabajo corporal no se tomó en cuenta hasta la Edad Moderna, pues hasta entonces colaboró en los más diversos, penosos y rudos trabajos (mujer en el campo) en igualdad de condiciones, y el problema solo se plantea cuando comienza a trabajar fuera del ámbito familiar en beneficio de extraños (ya en las Américas, al trabajar las mujeres inicialmente en el campo o las minas, se empiezan a dictar disposiciones que prohíben que fueran obligadas a ello).

Entrando ya en los aspectos particulares, en la esfera pública, la mujer, como regla general, está incapacitada para el desempeño de cargos públicos. Le imposibilita su condición de esposa e hija (supeditada al marido o padre y sus actuaciones) y su aludida debilidad física y espiritual (inhábil para el ejercicio de las armas, cuestión entonces fundamental). Todo ello, más lo pernicioso que era para el recato, hacía que se la considerara inapta para ejercer funciones públicas o autoridad sobre el hombre, cosa distinta es que su influencia en la esfera pública fuera importante y decisiva por la vía indirecta de la presión sobre el mismo.

Se exceptuará de esta incapacidad, en Castilla y Navarra, a las reinas, que no solo pueden ostentar el título e incluso gobernar, en cambio, en Aragón las mujeres pueden transmitir la corona pero no reinar.

Ya antes, la mujer transmitió el poder y es de destacar el papel político de las reinas visigodas (Teudis, Godswinta, mujer de Atanagildo, que fue clave, como lo fue Egilona, la viuda de Rodrigo o Ermesinda, hija de Pelayo, gracias a la cual fue Alfonso I, rey). En la realeza hereditaria hay pues dos tendencias:

1. Las mujeres pueden reinar aunque solo en defecto de varones en el mismo grado de parentesco: como por ejemplo las reinas castellanas: Urraca, Berenguela, Isabel, Juana; en Navarra: Blanca, Catalina. El marido de la reina adquiere el título de rey y gobierna, junto a ella, mientras dura el matrimonio.
2. Principio de exclusión de las hembras: Aragón, donde si los derechos al trono recaen en una mujer, debe casarse a esta con un noble y este será el que reine con carácter vitalicio, sin que la mujer actúe en el gobierno; luego, unidos Aragón y Cataluña, la hembra no puede ocupar el trono ni transmitirlo al marido, y el varón que entronca con la Familia Real por línea femenina puede ocupar el trono si le corresponde por orden de sucesión.

Lograda la unidad en la Monarquía, se implanta el sistema castellano, pero en 1713 Felipe V promulga la Ley Sálica, excluyendo a las hembras de la sucesión. Carlos IV deroga la ley y reestablece las Partidas, pero se promulga la resolución en 1830 por Fernando VII, cuando tenía una hija y esperaba sucesión (fue otra hija) y cuando parecía que iba a fallecer, para evitar una guerra civil, reestablece la Ley Sálica. Fernando VII se recupera, anula la Ley Sálica y reestablece las Partidas; su hermano el infante Carlos M.^a reclama sus derechos porque a su nacimiento regía la Ley

Sállica y tenía derechos adquiridos; fallece el rey y se proclama reina su hija Isabel II.

En el XIX las constituciones políticas han reconocido reiteradamente el derecho de las hembras a reinar, con la única limitación de que en igualdad de grado quedan postergadas a los varones, cualquiera que sea su edad. Asimismo, se exceptúa la tenencia de señoríos, aunque en este caso las Partidas exigen que la mujer administre justicia con un consejo. Pero aunque sin carácter señorial, pero sí en cargos públicos hereditarios, en algún caso, tras el descubrimiento de América, en las Indias, la mujer pudo llegar a ser gobernadora de una provincia.

Se argumentaba antes en el Derecho Feudal, que la falta de aptitud de la mujer para las armas la vetaba para suceder a su padre en el feudo. A la hora de la verdad, en realidad, ello no ocurría, ya que la mujer podía obtenerlo siempre que tuviera alguien que lo sirviera, de esta última forma se hizo posible también en América durante la Edad Moderna que la mujer pudiera tener una encomienda de indios siempre que cumpliera sus deberes militares mediante un escudero.

Las ordenanzas gremiales durante la Baja Edad Media y la Moderna impidieron a las mujeres el ejercicio de los distintos oficios y trabajos, de manera que solo ya muy avanzado el siglo XVIII una Real Cédula de 1784 para Castilla y las Cortes de Navarra de 1794 derogaron tales prohibiciones y permitieron a las mujeres el trabajar en toda clase de artes y manufacturas que fueran compatibles con el decoro y fuerzas de su sexo.

No parece que la prohibición de 1329 de Alfonso IV para Valencia de ejercer la medicina o administrar brebajes –para evitar practicas de hechicería– haya tenido mucho éxito en los siglos posteriores.

La legislación dictada para el Nuevo Mundo otorgó a la mujer india un estatus superior al del hombre, ya que en aquellos casos en que se permite la esclavitud de los indios prisioneros de guerra, excluye de este trato a los menores de 14 años y a las mujeres de cualquier edad y se dictan disposiciones, como ya anticipamos, para evitar a estas los trabajos penosos de las minas o de carga, su reclusión en los talleres de tejidos, siempre garantizando su honestidad.

En la esfera privada, de acuerdo con la tradición y el Derecho Justiniano, la mujer, por razón de su sexo, no se encuentra sujeta a tutela, aunque tampoco –excepto a la madre o a la abuela sobre sus hijos o nietos– se la permite ser tutora, excepto en Aragón, donde también se la faculta para ser administradora de los bienes del ausente.

En materia patrimonial, la mujer, con las limitaciones que en cada caso pueda suponer la autoridad paterna o marital, tiene plena capacidad para poseer bienes y enajenarlos o contratar sin licencia de nadie, sin más limitaciones en Cataluña y Castilla que la de obligarse por otro, limitación que los juristas no consideraban odiosa, sino favorable a la propia mujer y que en la práctica desaparece, renunciando esta a semejante privilegio.

Al generalizarse la aportación de la dote al matrimonio que la hija debía de recibir de sus padres, aunque la dote sea un anticipo de la herencia futura, esta hija quedaba en una situación preferente en el disfrute de los bienes paternos.

En Aragón, donde ya en el siglo XV por lo menos la costumbre jurídica permitía a las viudas constituirse en fiadoras de los contratos, más tarde los juristas empezaron a considerar que la mujer podía hacerse fiadora, excepto en juicio.

Y a la mujer se la va reconociendo en este tiempo, una vez más por razones de decoro, el privilegio de no ser presa por deudas civiles. Así lo estableció el rey Jaime I para Valencia, las Cortes de Barcelona de 1422 para Cataluña, prohibiendo terminantemente renunciar a él. Y las Leyes de Toro, para Castilla, con la salvedad de que se trate de mujeres de fama y se tratara de deudas no procedentes de delito. La Novísima Recopilación añadió el caso del *cuasidelito*.

A este privilegio los tratadistas del Derecho Común, que consideraban a la mujer sometida a curatela perpetua y la equiparaban al menor de edad, agregaban alguno más que no son de mencionar ahora.

La capacidad de la mujer para prestar testimonio que, continuando la tradición todavía hasta mediados del siglo XIII, aparece limitada a los «fechos mugeriles» y sobre cuestiones de escasa importancia, se extiende en las fuentes romanizadas a toda clase de actos con excepción de los testamentos, a pesar de poder otorgarlos ella misma, lo que no dejaba de suponer una clara incongruencia.

Por lo que se refiere a la esfera procesal, una vez más por razones de decoro, en Castilla, Cataluña y Mallorca solo se permitía a la mujer comparecer en juicio para defender sus propios pleitos, pero no los de otras personas, salvo en contadas excepciones.

Por el contrario, el Derecho aragonés permitía a la mujer ser procuradora y comparecer en juicio, lo mismo en nombre propio que de otro, igual que el hombre.

Las mujeres gozaban del privilegio de poder alegar la ignorancia de las leyes (las Partidas lo recogen así), de modo que como ignoraban el Derecho este no podía perjudicarlas, pero los juristas trataron de precisar un poco su alcance. En Aragón se consideraba, por ejemplo, que, admitiendo incluso que la mujer ignora las leyes y que no las incumple a sabiendas, solo podría reconocérsele una presunción de simplicidad, pero no una excusa en las cuestiones en que media un interés económico, ya que en la mujer, decían, por su avaricia, es de presumir el fraude.

Otros juristas estimaban que solo cabía alegar ignorancia en aquellas cosas que no conciernen a la moralidad natural de las acciones y a efecto de evitar su daño.

Reflejo posterior de aquel privilegio: aún el TS declaró en sentencia de 13-12-1864 que la ignorancia del Derecho excusa a la mujer, sobre todo cuando pretende librarse de algún daño.

En materia penal, se establecía a veces en beneficio de la mujer la conmutación de penas corporales por otras de privación de libertad.

7. La evolución posterior

En los siglos XVI, XVII y XVIII el panorama se mantiene casi igual y es ya en el siglo XIX y primordialmente en el XX cuando se acentúa decisivamente la tendencia a la equiparación de los dos sexos.

Tiene importancia el Manifiesto Comunista de 1848 al considerar esta equiparación como uno de los objetivos a conseguir para libertar a la mujer de la esclavitud en la que decía la tiene la sociedad burguesa, a la par que para destruir la familia tradicional.

Realmente, será la acción de diversos movimientos feministas y las nuevas condiciones económicas y sociales las que presionarán a favor de la igualdad de los dos sexos.

En los primeros proyectos de Código Civil español el principio de igualdad de edad para el hombre y la mujer empieza a triunfar, aunque con algunas reservas (diferencia en cuanto a la capacidad para contraer matrimonio).

Los cambios operados radicalmente en la vida económica durante ambos siglos, conllevando la salida de la mujer del hogar y abriéndola paso a un sinfín de actividades, echó por tierra los fundamentos y prejuicios en que se basaron el Derecho antiguo y medieval: el recato femenino y la supuesta incapacidad de actuación femenina.

La mujer interviene activamente en el trabajo de fábricas y talleres durante el XIX, en las mismas condiciones de dureza que el hombre, aunque ella por su, se dice, mayor debilidad física las sufre con mayor rigor, y en este sentido sólo en fechas avanzadas la legislación comienza a dictar disposiciones para disminuir la dureza del trabajo femenino.

En la esfera social y política, aunque lentamente y a lo largo de décadas, la mujer ha ido adquiriendo la plenitud de derecho junto al hombre, con la obtención del voto electoral (plenamente consagrado por primera vez en la Constitución republicana de 1931), con la posibilidad de optar a toda clase de empleos públicos, ya desde finales del XIX (los primeros, los de profesorado).

En materia civil, solo hasta muy recientemente la mujer, sobre todo la no casada o soltera, ha logrado superar la condición que tenía hasta el siglo XVIII, y con la CE de 1978 y las reformas de la legislación civil y laboral, etc., consigue la igualdad de derechos para ambos sexos, que todavía en los años 70 veía limitados: ser tutora, ser testigo en los testamentos, etc.

**EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN:
REAL DECRETO LEGISLATIVO 3/2011, DE 14 DE NOVIEMBRE,
POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE
CONTRATOS DE SECTOR PÚBLICO**

Ana María Sangüesa Cabezudo
*Magistrada especialista de lo contencioso-administrativo
Sala de lo contencioso-administrativo. Audiencia Nacional*

1. La regulación actual

El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de Sector Público nace como consecuencia de la habilitación concedida al Gobierno por la Disposición Final 32.^a de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, para elaborar un texto refundido que procediera a regularizar, aclarar y armonizar la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público y las disposiciones en materia de contratación del sector público contenidas en normas con rango de ley, por razones de seguridad jurídica.

La regulación indicada se asienta sobre la establecida en la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las leyes 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público; 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales; y 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa. La reforma, en este caso, vino justificada por la necesidad de adaptar la legislación nacional a las disposiciones contenidas en la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, que modifica la precedente regulación contenida en las Directivas Comunitarias 89/665/CEE, de 21 de diciembre, y 92/13/CEE, de 25 de febrero, que regularon los recursos en materia de contratación en el sector público

así como los contratos que se celebren en el sector del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

La configuración del recurso especial se orienta a reforzar los efectos del mismo mediante mecanismos eficaces que permitan a través de un recurso específico conseguir la paralización del procedimiento de licitación cuando se adviertan infracciones legales. Cobran especial importancia las medias accesorias que garantizan la eficacia de la resolución que se dicte en el procedimiento de impugnación. Así, se contempla la posibilidad de suspender el acuerdo de adjudicación hasta que transcurra un plazo razonable durante el que los licitadores interesados puedan interponer el recurso, y al mismo tiempo se regula la suspensión de los acuerdos de adjudicación hasta que se resuelva sobre el fondo del recurso especial o bien hasta que se adopte una resolución en torno al mantenimiento o no de la suspensión.

De este modo la adjudicación no despliega una inmediata eficacia, pues está supeditada a un plazo en el que puede recurrirse la decisión, y en su caso, se adopte un acuerdo en torno a la prolongación de la medida cautelar.

Además cabe adoptar cualesquiera otras medidas cautelares, a fin de asegurar los efectos de la resolución que pueda tomarse en el procedimiento o evitar los daños que puedan derivarse del mantenimiento de la ejecutividad del acto impugnado.

La aplicación de estas medidas entronca con la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, y se materializa en el establecimiento de unos trámites ágiles que aseguren que la decisión pueda adoptarse en el periodo de tiempo más breve posible, dejando a salvo los derechos de los interesados mediante un conjunto de garantías.

La competencia para resolver el recurso especial, hasta entonces residenciada en el órgano de contratación, se traslada a un órgano independiente conforme a las exigencias de la Directiva 2007/66/CE. Novedad de la regulación frente a la anterior, contenida en la Ley de Contratos 30/2007, es la ausencia de distinción entre adjudicación provisional y definitiva. La adjudicación resulta ser un acto único que da paso a la formalización y perfección del contrato, una vez que se ha consumado el plazo de interposición del recurso especial o se ha tomado la decisión sobre el mantenimiento o levantamiento de la suspensión.

2. Configuración del Recurso Especial

La Directiva 2007/66/CE, que modifica la Directiva 89/665/CEE del Consejo, puso especial énfasis en incorporar a las distintas legislaciones nacionales los principios y normas de Derecho Comunitario, en aras a garantizar la transparencia y no discriminación, así como mecanismos de impugnación eficaces frente a las adjudicaciones ilegales, a las que se priva de eficacia mediante la máxima sanción de nulidad.

El fin último es posibilitar que la competencia no sea falseada y que sea lo más amplia posible, y al mismo tiempo corregir las posibles vulneraciones del derecho comunitario en fases tempranas allí donde puedan producirse. La utilidad del recurso requiere que la decisión de adjudicación se comunique a los licitadores con el fin de que puedan conocer la misma, así como los detalles en los que se ha producido y valorar la posibilidad de recurrir, o de instar medidas provisionales.

Este aspecto es el instrumento para contar con una información adecuada y lo suficientemente extensa como para poder posicionarse en relación al acto de adjudicación y, en su caso, formular un recurso eficaz, y con aptitud para el fin para el que ha sido instaurado. La Directiva 2007/66/CE señala que viene a poner remedio a los puntos débiles (como los denomina) de las legislaciones internas que abrían la puerta a decisiones irreversibles por falta de un plazo de espera tras el cual pudieran subsanarse deficiencias en la tramitación, o sencillamente adoptar la sanción más grave de nulidad en aquellos casos de flagrante desconocimiento de las normas legales.

La configuración del recurso especial comporta una serie de exigencias que derivan de la Directiva de recursos, y son según la sentencia del TJCE de 8 de abril de 2003:

38. Por otra parte, la protección jurídica completa que debe así garantizarse antes de la celebración del contrato, en virtud del art. 2-1 de la Directiva sobre recursos, implica en particular la obligación de informar a los adjudicadores de la decisión de adjudicación antes de la celebración del contrato, con objeto de que éstos dispongan de una posibilidad real de recurrir.

39. Esta misma protección exige que se conceda al licitador excluido la posibilidad de examinar en el momento oportuno la cuestión de la validez de la decisión de adjudicación. Habida cuenta de las exigencias del efecto útil de la directiva sobre los recursos, de ello se infiere que debe mediar un plazo razonable entre el momento en que se comunica a los licitadores excluidos la decisión de adjudicación y la celebración del contrato, para que estos puedan, en particular, interponer una demanda de medidas provisionales hasta el momento de dicha celebración.

En definitiva, la posibilidad real de recurrir se anuda a dos circunstancias relacionadas: 1) que se proporcione al licitador la información necesaria, y 2) que se proporcione al afectado un plazo razonable desde que tiene la información necesaria. El incumplimiento de tales garantías se sanciona con la nulidad y la liquidación del contrato, que lleva aparejada como regla general la indemnización de perjuicios causados.

3. Objeto del Recurso

Las normas que ahora van a ser objeto de examen son el reflejo de los principios expresados, y han sido llamadas como refuerzo del recurso y de las garantías que viene a proteger. Por lo tanto, siguiendo la sistemática adoptada en la Ley, se examinan a continuación los actos recurribles, y el procedimiento ante el nuevo órgano que ha venido a diseñar la norma, dentro de las posibilidades que permitía la Directiva¹.

La primera cuestión sobre la que debe llamarse la atención, frente a la regulación precedente, es que el recurso es de carácter potestativo, de modo que ya no es un trámite previo con el que agotar la vía administrativa en aquellos casos en los que cabe el recurso especial.

3.1. Los actos recurribles

En línea con la legislación que le ha procedido (Ley 34/2010), los contratos que admiten la posibilidad de este recurso especial son los siguientes:

- a) Tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:
 - Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.
 - Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de la Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros.
 - Contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe

¹ La Directiva 2007/66/CE permitía la posibilidad de atribuir el conocimiento del recurso a una instancia independiente no jurisdiccional, o bien a un órgano de carácter jurisdiccional.

del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

- Los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17.
- b) Y los actos que pueden ser objeto de recurso, serán los siguientes:
- Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.
 - Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.
 - Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

Por el contrario, no son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación.

El resto de los actos no incluidos podrán ser objeto de recurso, a través de la vía ordinaria prevista con carácter común en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El recurso especial excluye el recurso ordinario, de acuerdo con lo previsto en la norma señalada en el artículo 107 de la Ley 30/1992, que contempló expresamente la posibilidad de otras alternativas impugnatorias a la vía de recurso, salvo las disposiciones específicas establecidas en la Ley en relación a las Comunidades Autónomas. Solo en este caso cabe el recurso administrativo y el recurso especial, siempre que la regulación autonómica así lo haya previsto. En tal caso, el recurso administrativo produce efectos suspensivos hasta que se resuelva sobre el fondo². Y si la

² Es una exigencia expresa de la Directiva de Recursos.

resolución no fuera totalmente estimatoria la suspensión se prolongará en los términos previstos en la Ley para el recurso especial en materia de contratación (es decir, suspensión de la adjudicación).

Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los enumerados anteriormente podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación.

Quiere ello decir que el recurso sigue un sistema de lista cerrada que contempla los supuestos en los que cabe interponer este recurso especial, como medio distinto al recurso ordinario –artículo 107.2 Ley 30/1992– de modo que el recurso especial excluye el ordinario, salvo en el caso de las Comunidades Autónomas en aquellos supuestos en los que expresamente se haya previsto.

La Ley, como no podía ser otra manera, sigue las pautas generales de la Ley 30/1992, y contempla también la posibilidad de irregularidades que pueden ponerse de manifiesto como meras vulneraciones de trámite subsanables ante el órgano de contratación, sin perjuicio de hacerlas valer en el recurso especial. Se trata en definitiva de una norma idéntica a la prevista en el artículo 79.2 de la Ley 30/1992. Especifica un supuesto de actos de trámite cualificados, en la línea del artículo 107.1 de la Ley 30/1992, aclarando cuáles son los que admiten el recurso. Tal aclaración no parece que sea precisa, cuando ya existe una norma general que permite deducir sin dificultad lo que ahora aclara la ley, de forma ejemplificativa, abundando en lo que ya establece la Ley 30/1992.

Se excluye el recurso en el caso de procedimientos de adjudicación que sigan el trámite de urgencia del artículo 113, por razones obvias.

4. El tribunal especial en materia de contratación

La idea de un tribunal especial e independiente nace de la propia Directiva 89/665 CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministros y obras, que quiere que el recurso se residencie en una instancia independiente, sea jurisdiccional o no, siempre que se posibilite en este último caso la revisión ante un Tribunal jurisdiccional.

El diseño de esta instancia independiente pretende paralizar la adjudicación con el fin de impedir infracciones graves de la obligación de respetar el periodo suspensivo y la suspensión automática (requisito previo de un recurso eficaz), y que se apliquen sanciones efectivas que pasan por la ineficacia en caso de no respetar el plazo suspensivo o bien en el caso de incumplimiento de los requisitos formales, mediante sanciones alternativas que corresponden a los estados miembros. El objetivo es que los derechos y obligaciones de las partes en el contrato dejen de ser de obligado cumplimiento y ejecución, sin perjuicio de que las consecuencias de la ineficacia de un contrato queden reguladas por la legislación nacional.

La Directiva 2007/66/CEE del Parlamento y el Consejo dispone que:

cuando se someta a un órgano de primera instancia independiente del poder adjudicador un recurso referente a una decisión de adjudicación de un contrato, los estados miembros garantizarán que el poder adjudicador no pueda celebrar el contrato hasta que el órgano que examine el recurso haya tomado una decisión sobre la solicitud de medidas provisionales o sobre el fondo del recurso.

La Jurisprudencia ha interpretado el precepto en el sentido de que el plazo suspensivo debe mantenerse «hasta que se adopte una decisión sobre la interposición» (STJUE 24 de junio de 2004).

La Ley ha optado por un órgano especializado e independiente funcionalmente, al que se encomienda el recurso especial, así como de los actos del Consejo General del Poder Judicial del Tribunal de Cuentas y del Tribunal Constitucional.

Se adscribe al Ministerio de Economía y está compuesto por un mínimo de un presidente y dos vocales, sin perjuicio de incrementar ese número en función del volumen de asuntos.

Se prevé que la designación de sus miembros recaiga sobre funcionarios de carrera con título de licenciado o de grado que hayan desempeñado su actividad por tiempo superior a quince años en el ámbito del Derecho Administrativo y en particular en el ámbito de la contratación pública.

Su nombramiento se produce a propuesta conjunta del Ministerio de Administraciones Públicas y de Justicia, mediante Real Decreto del Consejo de Ministros. Los designados tienen carácter independiente e inamovible y solo pueden ser cesados en virtud de causa legal (expiración del mandato, renuncia aceptada, pérdida de la nacionalidad, etc.). El plazo de duración de su mandato es de 6 años con renovaciones parciales cada 3.

La constitución y funcionamiento se llevará a cabo conforme a las previsiones de la Ley 30/1992.

La Ley contempla la posibilidad de crear otras instancias independientes en las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de la posibilidad de que las normas autonómicas prevean la atribución de la competencia para la resolución de los recursos especiales al Tribunal Especial creado en el artículo 41, previo convenio celebrado al efecto.

En el ámbito de las corporaciones locales la competencia será la establecida en las normas de las Comunidades Autónomas, y en caso de que no haya previsión al respecto conocerá el mismo órgano al que correspondería la competencia en la Comunidad Autónoma en la que se integra la corporación. Y lo mismo cabe decir de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, respecto de las que se otorga competencia para crear sus propios órganos independientes o bien atribuir la competencia al Tribunal Administrativo Central.

La Ley ha previsto unas normas específicas para las Cortes Generales y las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas debiendo crear órganos independientes para conocer el recurso especial, siguiendo las pautas de la regulación.

Cuando se trate de recurso interpuesto contra actos de poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas la competencia vendrá deferida al órgano al que corresponda conocer de los recursos especiales de la Administración a la que aquel esté vinculada.

5. Iniciación del procedimiento: Legitimación y medidas cautelares

– Legitimación:

La legitimación se otorga a «toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso».

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha entendido que el artículo 2, apartado 8, de la Directiva 89/665 ha de interpretarse en el sentido de que no impone a los Estados miembros la obligación de establecer también a favor de las entidades adjudicadoras un medio de recurso de carácter jurisdiccional contra las decisiones de los organismos de base, de carácter no jurisdiccional, responsables de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos. Sin

embargo, esa disposición no impide que los Estados miembros prevean, en su caso, en sus ordenamientos jurídicos dicho medio de recurso a favor de las entidades adjudicadoras (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, sentencia de 21 de octubre de 2010, rec. C-570/2008, asunto C-570/08).

– Medidas cautelares:

Antes de interponer el recurso, las personas legitimadas pueden solicitar la adopción de medidas cautelares ante el órgano competente para resolver el recurso.

Tales medidas pueden ir encaminadas a corregir defectos de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados; y a modo de ejemplo la Ley cita las destinadas a suspender o a hacer suspender el procedimiento de adjudicación o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación.

La decisión de la solicitud de medidas provisionales previas debe hacerse en el plazo de cinco días hábiles, de forma motivada, desde la presentación del escrito.

Recibida la solicitud, se remite en el mismo día al órgano de contratación, con objeto de que presente alegaciones en el plazo de 2 días hábiles. En ese plazo podrá presentar alegaciones a la petición de medidas solicitadas o las propuestas por el propio Tribunal.

Si antes de dictar resolución se interpusiera el recurso, el Tribunal lo acumulará a la solicitud de medidas provisionales y se resolverá conforme a lo establecido en el artículo 46 TRLCSP.

Contra las resoluciones dictadas en el procedimiento no cabrá recurso alguno, sin perjuicio del que pueda interponerse contra las resoluciones que se dicten en el procedimiento principal. Quiere ello decir que no cabe otro recurso que el contencioso, y que habrá que esperar para interponerlo a la resolución principal.

En el caso de adoptarse la medida provisional la misma decae una vez transcurrido el plazo para la interposición del recurso, sin que el mismo se hubiere promovido.

Cabe adoptar contracautela para responder de los daños y perjuicios que pudieran irrogarse (el esquema que ha elegido la Ley es idéntico al establecido en la LJCA y en la Ley 30/1992).

La suspensión no afecta en ningún caso al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones a los interesados.

6. Procedimiento. Plazo

Con carácter previo es necesario el anuncio mediante escrito dirigido al órgano de contratación, en el plazo de interposición del recurso. Se trata de un escrito en el que se anuncia la interposición del recurso especial frente a un acto determinado. Sin este presupuesto, que ha de acreditarse, el recurso no es admisible, como se verá a continuación

El plazo para la interposición es de 15 días, contados desde el siguiente a la notificación del acto impugnado dentro del cual debe presentar el recurso. Se establecen unas normas particulares para casos específicos (contenido de los pliegos, adjudicación y procedimiento negociado, anuncio de licitación). La presentación debe hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o ante el tribunal central competente.

Con el escrito de interposición deben cumplirse un conjunto de formalidades y acompañar los siguientes documentos: En el escrito de interposición del recurso se detallará cuál es el acto recurrido, el motivo que fundamente el recurso, los medios de prueba de que pretenda valerse el recurrente y, en su caso, las medidas provisionales cuya adopción solicite.

Se acompañarán:

- a) El documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo órgano, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión al procedimiento.
- b) El documento o documentos que acrediten la legitimación del actor cuando la ostente por habérsela transmitido otro por herencia o por cualquier otro título.
- c) La copia o traslado del acto expreso que se recurra, o indicación del expediente en que haya recaído o del periódico oficial o perfil de contratante en que se haya publicado.
- d) El documento o documentos en que funde su derecho.
- e) El justificante de haber dado cumplimiento al anuncio del recurso ante el órgano de contratación en el plazo señalado para la interposición del recurso. Sin este justificante no se dará curso al escrito de interposición, aunque su omisión podrá subsanarse de conformidad con lo establecido en el artículo 44.5.

Dicho precepto prevé un plazo de subsanación o mejora de 3 días hábiles, que irá acompañado de la indicación de que, si no se efectúa, se

tendrá por desistido al recurrente de su petición, quedando suspendida la tramitación del expediente con los efectos previstos en el apartado 5 del artículo 42 de la Ley 30/1992.

– Efectos de la interposición del recurso y tramitación

La interposición del recurso suspende la tramitación del expediente, si el acto recurrido es la adjudicación.

La tramitación del procedimiento se regirá por las disposiciones establecidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, con las especialidades que se recogen en los apartados siguientes.

Interpuesto el recurso, el Tribunal lo notificará en el mismo día al órgano de contratación con remisión del escrito de interposición del recurso, y reclamará el expediente al órgano que lo hubiera tramitado, quien lo remitirá dentro de los dos días hábiles con su informe.

Si el recurso se hubiere interpuesto directamente ante el órgano de contratación autor del acto impugnado, deberá remitirlo al Tribunal dentro de los dos días hábiles siguientes a su recepción con el expediente y su informe.

Dentro de los cinco días siguientes se dará traslado a los demás interesados para alegaciones. De forma simultánea, dentro de los cinco días hábiles siguientes decidirá acerca de las medidas cautelares si se hubieran solicitado, o si se hubiere procedido a la acumulación, en el caso del artículo 43.2 TRLCSP. Estas medidas se tramitan de la misma forma con las mismas garantías y se sujetan a los mismos requisitos.

En este mismo plazo se resolverá sobre si procede mantener la suspensión automática (suspensión de la adjudicación,) la ley aclara que la misma se entiende vigente en tanto no se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, a fin de reforzar la obligación que en tal sentido pesa sobre el Tribunal.

A continuación se establecen unas normas en materia de prueba, señalando que serán objeto de prueba los hechos relevantes, pudiendo practicarse cualquiera de las admitidas en derecho en un plazo de diez días hábiles que se habilitará al efecto. La práctica se anunciará a los interesados con antelación suficiente.

Norma específica acerca de la confidencialidad se establece en el artículo 46.5, en el sentido de que ordena al órgano competente para la resolución del recurso que deberá, en todo caso, garantizar la confidencialidad

y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, sin perjuicio de que pueda conocer y tomar en consideración dicha información a la hora de resolver. Y añade que corresponderá a dicho órgano resolver acerca de cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información que obre en el expediente de contratación, sin que por ello resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y al derecho de defensa en el procedimiento.

El precepto deja un margen importante al Tribunal en orden a adoptar las medidas necesarias a fin de preservar la confidencialidad y secreto de aquellos documentos amparados por tales garantías (cuentas anuales, patentes, etc.).

– Resolución

Transcurrido el plazo de alegaciones o el de prueba, dentro de los cinco días hábiles siguientes se procederá a dictar resolución. La resolución puede ser de fondo, de inadmisión, y contener pronunciamiento de daños y perjuicios.

En el primer caso, debe ser motivada y congruente y resolver sobre todas las cuestiones planteadas, y en especial se pronunciará acerca de la ilegalidad de las decisiones adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas y financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato, o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación.

En caso de defectos formales subsanables, cabe acordar la retroacción de actuaciones. Fuera de este caso, la Ley ha contemplado la posibilidad, si fuera precisa para restablecer la legalidad, de que se ordene la adjudicación a favor de otro licitador por parte del órgano de contratación, en cuyo caso el órgano de contratación concederá un plazo de diez días hábiles para que presente la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 64.2 TRLCSP, y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados

podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos. El plazo indicado puede ser alargado hasta 20 días hábiles en el ámbito de las Comunidades Autónomas.

El incumplimiento de ese plazo determina en la norma contenida en el artículo 151.2 del TRLCSP que la oferta se tenga por retirada (debe entenderse como un desistimiento), en cuyo caso debe ser llamado el siguiente licitador por orden de clasificación a fin de que presente la documentación indicada. En el caso de que estimando un recurso en materia de contratación no se aportara la documentación, parece razonable entender que, una vez transcurrido el plazo, la resolución del Tribunal debe tenerse por ejecutada, y en tal caso el órgano de contratación procederá en la forma que dispone el artículo 151.2, ya que la primitiva adjudicación es nula.

Asimismo, si así lo hubiera solicitado el recurrente cabe la condena al órgano de contratación a indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios causados que le haya podido ocasionar la infracción legal que haya dado lugar al recurso. Debe fijarse atendiendo a los criterios señalados en los apartados 2 y 3 del artículo 141 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre (es decir, «con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado», y «con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento», y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria).

La indemnización debe resarcir al menos los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación, hasta cubrir el importe equivalente al efectivamente desembolsado como consecuencia de dichos gastos u otros directamente vinculados al contrato o a la infracción que da lugar al recurso. Esta indemnización no se vincula a la existencia de culpa, sino a la vulneración de las normas de Derecho Comunitario plasmadas en el ordenamiento interno (así lo ha puesto de manifiesto la STJUE 30.9.2010, Strag y otros, C- 314/09).

La resolución deberá acordar, también, el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación si en el momento de dictarla continuase

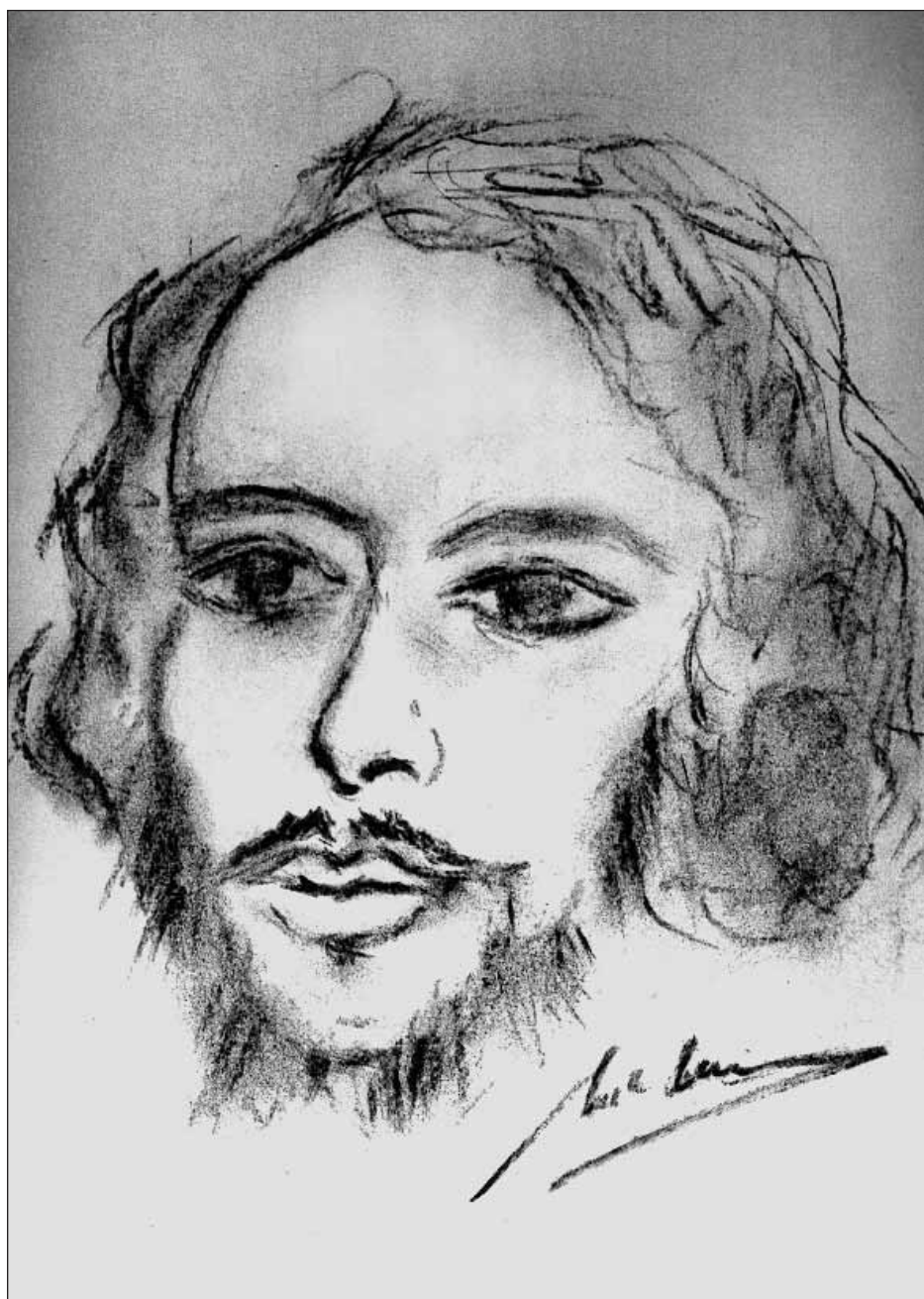
suspendido, así como de las restantes medidas cautelares que se hubieran acordado y la devolución de las garantías cuya constitución se hubiera exigido para la efectividad de las mismas, si procediera.

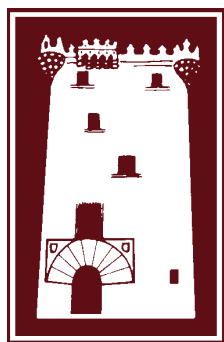
Se trata de una norma especial respecto a la del artículo 111 de la Ley 30/1992, que permite la prolongación de la suspensión en caso de interposición del recurso contencioso-administrativo. Parece que en este caso la norma se aparta de la regla general, por las propias peculiaridades de este recurso especial.

En caso de que el Tribunal aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa de entre 1.000 y 15.000 euros. La determinación de su cuantía se establece en función de la mala fe apreciada y del perjuicio causado al órgano de contratación y a los licitadores. Las cuantías indicadas en este apartado serán actualizadas cada dos años mediante Orden Ministerial, por aplicación del Índice de Precios de Consumo calculado por el Instituto Nacional de Estadística.

La resolución que pone fin al procedimiento es directamente ejecutiva, y frente a ella solo cabe recurso contencioso-administrativo, que se interpondrá ante la Audiencia Nacional o bien ante los Tribunales Superiores correspondientes, dependiendo de si el Tribunal que ha conocido del recurso especial en materia de contratación es el Tribunal Central o si, por el contrario, se ha procedido a desarrollar las normas examinadas que permiten la constitución de órganos autonómicos semejantes al Tribunal Central.

Queda vedada la posibilidad de interponer recurso de revisión de oficio. La prohibición parece tener por fundamento la propia finalidad y características del recurso, que requiere una agilidad y flexibilidad que en ningún caso permitirá el recurso de revisión, cuando se trata, en definitiva, de evitar infracciones del ordenamiento jurídico que deben dar lugar a situaciones irreversibles o de difícil reparación.





ISBN 978-84-15038-48-1



9 788841 503848