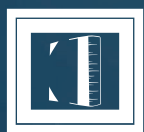


Nº 9

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE
PROFESORES DE DERECHO PROCESAL
DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS

Directora:
CORAL ARANGÜENA FANEGO



APPDPUE

*Asociación de Profesores de
Derecho Procesal de las Universidades Españolas*



**REVISTA DE LA ASOCIACIÓN
DE PROFESORES DE DERECHO PROCESAL
DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS
N° 9**

Directora:

CORAL ARANGÜENA FANEGO
(Universidad de Valladolid)

Subdirectora:

ESTHER PILLADO GONZÁLEZ
(Universidad de Vigo)

Secretaria:

MONTSERRAT DE HOYOS SANCHO
(Universidad de Valladolid)

tirant lo blanch

Valencia, 2024

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: V-1936-2020
ISSN: 2695 - 9976
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

CONSEJO ASESOR-CIENTÍFICO:

- Teresa Armenta Deu** (*Universidad de Girona*)
José M^a Asencio Mellado (*Universidad de Alicante*)
Silvia Barona Vilar (*Universidad de Valencia*)
Chiara Besso (*Università degli Studi di Torino*)
Paolo Biavati (*Università di Bologna*)
Ángel Bonet Navarro (*Universidad de Zaragoza*)
Hess Burkhard (*Instituto Max Planck de Luxemburgo*)
Manuel Cachón Cadenas (*Universidad Autónoma de Barcelona*)
Loïc Cadiet (*Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*)
Pía Calderón Cuadrado (*Universidad de Valencia*)
Valentín Cortés Domínguez (*Universidad Autónoma de Madrid*)
Olga Fuentes Soriano (*Universidad Miguel Hernández, Elche*)
Faustino Cordón Moreno (*Universidad de Navarra*)
Andrés de la Oliva Santos (*Universidad Complutense de Madrid*)
Antonio del Moral García (*Magistrado del Tribunal Supremo*)
Ignacio Díez-Picazo Giménez (*Universidad Complutense de Madrid*)
Vicente Gimeno Sendra (*Universidad Nacional de Educación a Distancia*)
Juan Luís Gómez Colomer (*Universidad Jaume I de Castellón*)
José Luis González Montes (*Universidad de Granada*)
Fernando Jiménez Conde (*Universidad de Murcia*)
José de los Santos Martín Ostos (*Universidad de Sevilla*)
Juan Montero Aroca (*Universidad de Valencia*)
Víctor Moreno Catena (*Universidad Carlos III de Madrid*)
Julio Muerza Esparza (*Universidad de Navarra*)
Manuel Ortells Ramos (*Universidad de Valencia*)
Eduardo Oteiza (*Universidad de la Plata Argentina*)
Giovanni Priori (*Pontificia Universidad Católica del Perú*)
Francisco Ramos Méndez (*Universidad Autónoma de Barcelona*)
José M^a Rifá Soler (*Universidad Pública de Navarra*)
Carmen Senés Motilla (*Universidad de Almería*)
Isabel Tapia Fernández (*Universidad de las Islas Baleares*)
John Vervaele (*Universidad de Utrecht, Holanda*)

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Soraya Amrani Mekki (*Universidad de París Ovest-Nanterre La Défense*)

Federico Bueno de Mata (*Universidad de Salamanca*)

Ignacio Colomer Hernández (*Universidad Pablo de Olavide Sevilla*)

Mercedes Fernández López (*Universidad de Alicante*)

Fernando Gascón Inchausti (*Universidad Complutense de Madrid*)

Juan Francisco Herrero Perezagua (*Universidad de Zaragoza*)

Mar Jimeno Bulnes (*Universidad de Burgos*)

Fernando Martín Diz (*Universidad de Salamanca*)

Santiago Pereira (*Universidad de Montevideo, Uruguay*)

Stefano Ruggeri (*Università degli Studi di Messina, Italia*)

M^a Luisa Villamarín López (*Universidad Complutense de Madrid*)

ÍNDICE

SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA CUANDO AL CONDENADO LE SOBREVIEENE UNA DISCAPACIDAD O TRASTORNO MENTAL GRAVE (CP, LEGRIM Y ANTEPROYECTO DE 2020)	9
<i>JOSÉ ANTONIO TOMÉ GARCÍA</i>	
EL PROCEDIMIENTO ANTE EL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA.....	51
<i>FLORENCIO DE MARCOS MADRUGA</i>	
SUCESIÓN DE NORMAS PENALES Y REVISIÓN DE SENTENCIAS. SUPERANDO LOS DESAFÍOS PLANTEADOS POR LA LEY ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL	93
<i>PAULA SÁNCHEZ TAMARGO</i>	
LA COMUNICACIÓN DENTRO DEL PROCESO JUDICIAL: REALIDAD Y NECESIDADES	123
<i>ANNA FIODOROVA</i>	
ESPECIALIZACIÓN JUDICIAL Y ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD	153
<i>JOSÉ CARO CATALÁN</i>	
THE PRINCIPLE OF ORALITY AS A MECHANISM AND GUARANTEE OF TRANSPARENCY AND LEGITIMACY OF JUDICIAL DECISION-MAKING	189
<i>KATARÍNA ZAJÁC ŠEVCOVÁ</i>	

SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA CUANDO AL CONDENADO LE SOBREVIEENE UNA DISCAPACIDAD O TRASTORNO MENTAL GRAVE (CP, LECRIM Y ANTEPROYECTO DE 2020)*

Suspension of the execution of the sentence when the convicted person suffers from a severe mental disability or disorder (penal code, criminal procedure law and draft bill 2020)

JOSÉ ANTONIO TOMÉ GARCÍA

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid
jatome@ucm.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. REGULACIÓN: ARTÍCULO 60 CP. 1. Requisitos que han de concurrir para que se suspenda la ejecución de la pena por TMG sobrevenido. 2. Posible imposición de una medida de seguridad. 3. Restablecimiento de la salud mental del condenado al que se le suspendió la ejecución de la pena. III. COMPETENCIA. IV. PROCEDIMIENTO. V. ANTEPROYECTO LEY ENJUICIAMIENTO CRIMINAL 2020. 1. Regulación: artículo 883 ALECrím20. 2. Competencia. 3. Procedimiento. VI. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: En este trabajo se lleva a cabo un análisis detallado de los requisitos que han de concurrir y el procedimiento que se ha de seguir para que el órgano judicial competente acuerde la suspensión de la ejecución de la pena impuesta al condenado, cuando a esta persona le sobreviene una discapacidad o trastorno mental grave que le impide conocer el sentido de la pena, tal y como se regula este incidente en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y exponiendo, igualmente, lo previsto a estos efectos por el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020.

Palabras clave: Suspensión ejecución pena, trastorno mental grave sobrevenido, discapacidad sobrevenida, art. 60 Código Penal, Ley de Enjuiciamiento Criminal, Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020.

* Este artículo se realiza en el marco del proyecto de investigación, dirigido por Margarita Martínez Escamilla, sobre «Exclusión social y sistema penal y penitenciario: análisis y propuestas acerca de tres realidades (Inmigración y refugio, enfermedad mental y prisión)» (PID2019-105778RB-100).

Abstract: This paper provides a detailed analysis of the requirements that must be met and the procedure to be followed in order for the competent judicial body to agree the suspension of the execution of the sentence imposed on the convicted person, when this person has a disability or serious mental disorder that prevents him/her from knowing the meaning of the sentence, as this incident is regulated in the Criminal Code and in the Criminal Procedure Act, and also setting out the provisions for this purpose in the Draft Bill of the Criminal Procedure Act 2020.

Key words: Suspension of execution of the sentence, serious mental disorder, disability, art. 60 of the Criminal Code, Criminal Procedure Act, Draft Bill of the Criminal Procedure Act 2020.

Abreviaturas

AAP	Auto Audiencia Provincial
AAN	Auto Audiencia Nacional
AJP	Auto Juzgado de lo Penal
AJVP	Auto Juzgado de Vigilancia Penitenciaria
ALECrim20	Anteproyecto Ley Enjuiciamiento Criminal de 2020
ALECrim11	Anteproyecto Ley Enjuiciamiento Criminal de 2011
ATS	Auto Tribunal Supremo
CAJVP23	Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus XXXI reuniones celebradas entre 1981 y 2023
CFVP	Conclusiones vigentes sistematizadas de Encuentros de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria 2011-2023
CP	Código Penal
CFGE	Circular de la Fiscalía General del Estado
FGE	Fiscalía General del Estado
JVP	Juez de Vigilancia Penitenciaria
LECrim	Ley de enjuiciamiento Criminal
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
MF	Ministerio Fiscal
STS	Sentencia Tribunal Supremo
TMG	Trastorno Mental Grave

I. INTRODUCCIÓN

En otros trabajos¹ hemos analizado las particularidades que surgen en el proceso penal cuando el investigado/encausado presenta indicios de enfermedad o trastorno mental durante la tramitación del citado proceso. Y ya dejamos claro que, tratándose de trastornos mentales graves, el ingreso en prisión provisional de esas personas es, hoy día, incompatible con la necesidad de que su enfermedad mental sea tratada adecuadamente. Por este motivo nos manifestamos a favor de que, en aquellos casos en los que concurren los requisitos de la prisión provisional, se proceda a internar a dichas personas, no en un centro penitenciario ordinario, sino en un centro psiquiátrico. Consideramos, por tanto, imprescindible y urgente que, frente a la laguna existente hoy día, el legislador proceda a regular la medida cautelar del internamiento en centro psiquiátrico (de deshabitación o educativo especial) de forma similar a como lo hace el prelegislador en los arts. 75 a 78 ALECRim20. Ahora bien, a diferencia de lo previsto en el citado Anteproyecto, entendíamos que, aunque no existieran indicios de que el delito se hubiera cometido concurriendo alguna eximente, dicha medida cautelar se debería acordar en todos los casos en los que el encausado, durante el procedimiento, presente una discapacidad o TMG que le impida comprender mínimamente lo que supone el proceso que se está tramitando, cuando tal discapacidad o enfermedad no sean compatibles con su ingreso en prisión provisional.

En este artículo, y en la misma línea que hemos apuntado en el párrafo anterior, también reclamamos que, si al ya condenado por sentencia firme a cumplir una pena de prisión le sobreviene una discapacidad o TMG crónico, se debe suspender la ejecución de dicha pena y se le ha de prestar al penado una asistencia médico-psiquiátrica especializada. Y todo ello ha de tener lugar no solo cuando la discapacidad o TMG del penado le impida conocer el sentido de la pena, tal y como prevén el vigente art. 60 CP y el art. 883 del ALECRim20, sino también cuando dicha discapacidad o enfermedad mental grave no pueda ser tratada adecuadamente en el centro penitenciario ordi-

¹ TOMÉ GARCÍA, J.A.; «Particularidades de la instrucción en el proceso penal cuando el investigado presenta indicios de enfermedad o trastorno mental (LECRim y Anteproyecto de 2020)», *Revista La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 151 (2021), y «Particularidades que muestran las medidas cautelares personales cuando el investigado presenta indicios de enfermedad o trastorno mental (LECRim y Anteproyecto de 2020: especial referencia al internamiento en centro psiquiátrico)», *Revista Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, vol. 25, núm. 2, 2022 [publicado en diciembre 2023], pp. 69-127).

nario y la permanencia en dicho centro pueda agravar la enfermedad mental del penado.

Dicha propuesta se fundamenta en un dato suficientemente contrastado: teniendo en cuenta la situación real de los presos en las cárceles de nuestro país, las personas que sufren un TMG no reciben ni pueden recibir en dichos centros un tratamiento adecuado², y, por tanto, resulta imprescindible buscar soluciones que, con carácter preferente, permitan la asistencia médico-psiquiátrica adecuada de dichas personas hasta que recuperen su salud mental. Y entre dichas soluciones, una alternativa sería la de suspender la ejecución de la pena de prisión que le fue impuesta al penado y proceder, en su caso, a prestarle dicha asistencia médico-psiquiátrica. En estos casos, frecuentemente, habrá que adoptar al mismo tiempo alguna medida de seguridad privativa de libertad (internamiento de los arts. 101 y ss. CP), cuando el internamiento resulte necesario por la peligrosidad criminal del penado (es decir, cuando el pronóstico de comportamiento futuro del penado revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos a que alude el art. 95 CP). En otros casos, será suficiente con la adopción de medidas de seguridad no privativas de libertad como pudieran ser, p. ej., la libertad vigilada y la custodia familiar (vid. arts. 105 y 106 CP) o combinar estas medidas con el establecimiento de la medida a «seguir tratamiento médico externo o de someterse a un control médico periódico» (art. 106.1.k) CP). Incluso, también podrían darse casos en los que la suspensión de la ejecución de la pena no requiera su sustitución por ninguna medida de seguridad, sino que podría ser suficiente con dar traslado del asunto al MF para que proceda a instar la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad y, en su caso, el internamiento en el orden jurisdiccional civil al amparo del art. 763 LECiv.

En definitiva, es importante no olvidar la recomendación recogida en la regla núm. 109.1^a de las «Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos» —las llamadas «Reglas Nelson Mandela» (diciembre de 2015)—, que, tras señalar que no deberán permanecer en prisión las personas a quienes no se considere penalmente responsables, exige que tampoco permanezcan en prisión las personas «a quienes se diagnostique una discapacidad o enfermedad mental grave, cuyo estado

² Vid. *Libro Blanco sobre la atención sanitaria a las personas con Trastornos Mentales Graves en los centros penitenciarios de España*, Sociedad Española de Psiquiatría Legal (2023), disponible en <https://www.psiquiatrialegal.org/libroblanco2023>.

podiera agravarse en prisión, y se procurará trasladar a esas personas a centros de salud mental lo antes posible».

II. REGULACIÓN: ARTÍCULO 60 CP

La suspensión de la ejecución de la pena por TMG sobrevenido, una vez dictada sentencia firme, se regula en el art. 60 CP en los siguientes términos:

«1. Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias.

El Juez de Vigilancia comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código.

2. Restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente».

Este precepto fue modificado por LO. 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del CP, que introdujo algunas novedades relevantes, como encomendar el conocimiento de este incidente a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria (JVP) (antes se atribuía la competencia al Juez o Tribunal sentenciador —vid. art. 993 LECrim—); permitir la suspensión de la ejecución tanto de las penas privativas de libertad como de las que no lo sean; y, además, posibilitar que los JVP, al mismo tiempo que suspenden la ejecución de la pena por TMG sobrevenido, impongan, en su caso, la medida de seguridad que consideren oportuna.

1. REQUISITOS QUE HAN DE CONCURRIR PARA QUE SE SUSPENDA LA EJECUCIÓN DE LA PENA POR TMG SOBREVENIDO

Conforme a lo establecido por el art. 60 CP, los requisitos que han de concurrir para que el JVP pueda suspender la ejecución de la pena que se le hubiere impuesto al penado serían los siguientes:

A) Que se aprecie en el penado una situación de TMG después de pronunciada sentencia firme.

El legislador estaría pensando, principalmente, en el caso del condenado al que se le ha impuesto una pena privativa de libertad en sentencia firme, ha empezado a cumplirla ingresando en prisión y, posteriormente, le sobreviene un TMG (o un «estado de demencia» en palabras que recoge el art. 991 LECrim) que hasta dicho momento no había sufrido. Ahora bien, sin perjuicio del supuesto anterior, sin duda alguna el más frecuente, el art. 60 también sería aplicable cuando, a partir de la firmeza de la sentencia, sobreviene el citado TMG, aunque no se hubiese iniciado aún la ejecución de la pena de prisión impuesta³, o cuando la pena cuya ejecución se suspende no sea privativa de libertad.

Aunque el art. 60 se refiere al TMG sobrevenido «después de pronunciada sentencia firme», también podría suceder que el condenado ya sufriera el TMG antes de que se pronunciara dicha sentencia y se incoara la ejecutoria, pero dicho trastorno no hubiere impedido la imposición de la pena porque, por ejemplo, los hechos fueron enjuiciados en un juicio rápido con conformidad en el que, como consecuencia de la celeridad de estos procesos, la falta de diligencia del abogado del acusado o su estrategia de defensa, ni siquiera se llegó a alegar la existencia del citado TMG⁴. En otras palabras, como señala el AJVP de Bilbao de 26 de enero de 2010⁵, «aunque el trastorno mental debe ser sobrevenido, la literalidad de la norma no excluye su preexistencia a la sentencia condenatoria, aunque en este caso, para que el JVP pueda entrar a conocer de la posibilidad de aplicar el art. 60 del CP es necesario que el Tribunal Sentenciador no se haya pronunciado respecto al mismo, bien porque en el momento del enjuiciamiento éste no ha sido alegado o bien porque aunque existiendo no se había manifestado, puesto que de haber sido valorado la existencia de un trastorno mental por el Tribunal sentenciador, el JVP deberá, en principio, acatar dicha valoración, a no ser que un empeoramiento del trastorno determine una modificación sustancial del mismo alcanzando la magnitud de gravedad exigido por el CP, a saber,

³ Vid., p. ej., AAP de Guipúzcoa núm. 703/2019, de 31 octubre (JUR 2020\63727), AAP de Valladolid, núm. 91/2017, de 28 de febrero (JUR 2017\99800), y AAP de Salamanca núm. 46/2019, de 19 febrero (JUR 2019\95141).

⁴ Vid., p. ej., AAP de Salamanca (Sección 1ª), núm. 46/2019, de 19 febrero (JUR 2019\95141).

⁵ El AJVP de Bilbao de 26 enero 2010 está publicado en *Jurisprudencia Penitenciaria 2010. Secretaría Instituciones Penitenciarias* (disponible en <https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/instituciones-penitenciarias/jurisprudencia-penitenciaria/Jurisprudencia-penitenciaria-2010-NI-PO-126-11-059-5.pdf>, pp. 421 a 423).

que el penado no sea capaz de entender el sentido de la pena». Y, en la misma línea de esta última resolución, también se manifiestan los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria, defendiendo que se haga una interpretación amplia del art. 60 CP, «incluyendo no solo los trastornos sobrevenidos, sino también los inadvertidos en fases procesales anteriores» ... «pues el CP no lo impide, al hablar de “apreciada” después de la sentencia»⁶. Por otra parte, al margen de los casos mencionados en los que el TMG existía con anterioridad, pero no se tuvo conocimiento del mismo antes de la sentencia firme, también se pueden dar supuestos en los que el TMG del encausado sí que fue introducido en el proceso de declaración, incluso resultó probado, pero no impidió la imposición de la pena al considerar el juez o tribunal sentenciador que el trastorno del condenado no había afectado a su imputabilidad (o el juez solo apreció semiimputabilidad), al no acreditarse que en el momento de ejecutar los hechos dicho trastorno mental hubiese tenido incidencia⁷. En estos casos, el mismo Juez o Tribunal sentenciador puede comunicar dicha circunstancia al JVP a efectos de la posible aplicación del art. 60 (cfr., *infra*, apartado IV).

En cuanto a qué se debe entender por TMG, se trata, como es obvio, de un tema que excede de nuestra competencia. No obstante, podemos hacernos eco de lo señalado por los especialistas en la materia cuando afirman, en el citado *Libro Blanco sobre la atención sanitaria a las personas con Trastornos Mentales Graves en los centros penitenciarios de España*⁸ que «las definiciones más aceptadas están alineadas con la propuesta por el National Institute of Mental Health (NIMH) en 1987 que incluye criterios clínicos, de temporalidad y de discapacidad: a) Diagnóstico clínico siguiendo los sistemas de clasificaciones internacionales, DSM-5 (por sus siglas en inglés, Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders) o CIE-11 (Clasificación Internacional de Enfermedades), se suele incluir diagnósticos tales como esquizofrenia y grupo de trastornos psicóticos no orgánicos, trastorno bipolar y grupo de los trastornos afectivos mayores (episodios de manía y episodios depresivos) y en ocasiones, trastornos de personalidad y de patología dual... b) Duración del trastorno (o cronicidad): que implica una evolución mínima de dos años, o bien un deterioro progresivo

⁶ AA.VV. (Ministerio Fiscal. Vigilancia Penitenciaria), *Conclusiones vigentes sistematizadas de Encuentros de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria 2011-2023*, CFVP núm. 118, p. 112, disponible en <https://00ffb77f48.clvaw-cdnwnd.com/fca42b96186095c638c6034f9b4e34af/200001457-e72aee72b0/conclusiones%20fiscales%202011%20A%202023.pdf?ph=00ffb77f48>.

⁷ Vid., p. ej., AAP Madrid (Sección 30ª), núm. 1017/2018, de 27 noviembre (JUR 2019\14742).

⁸ *Libro Blanco...*, op. cit., p. 13.

y marcado de la funcionalidad. c) Presencia de discapacidad: afectación de moderada a severa del funcionamiento global incluyendo déficits en autonomía, autocuidado, autocontrol, relaciones interpersonales, ocio y/o en funcionamiento cognitivo»⁹.

Nuestro TS también se muestra favorable a la aplicación del art. 60 CP a personas con daños psíquicos producidos por su grave adicción a las drogas o al alcohol. En concreto afirma que la aplicación del citado precepto «presenta como presupuestos la existencia en el condenado de una situación duradera de trastorno mental que le impide conocer el sentido de la pena, presupuestos que en el grave adicto concurren dados los daños psíquicos que produce la grave adicción y ser el tratamiento de deshabitación la única actividad sociosanitaria eficaz para alcanzar la recuperación del adicto» (STS, Sala de lo Penal, núm. 1602/2000, de 16 octubre [RJ 2000\8776])¹⁰.

Por último, consideramos que también se podría aplicar el art. 60 a personas con discapacidad intelectual¹¹, cuando después de pronunciada la

⁹ En términos similares se manifiestan las psiquiatras JAÉN MORENO Y MORENO DÍAZ, cuando afirman que, a pesar de la complicada heterogeneidad en la delimitación de lo que es un TMG, parece existir un consenso sobre las dimensiones que deben tenerse en cuenta para su definición operativa y que básicamente se asienta sobre tres pilares: a) «Una sintomatología que podríamos resumir y calificar en términos generales de “psicótica”, en relación a que genera problemas para captar la realidad y de manejo, entre otras cosas, de las relaciones interpersonales». b) «Una evolución prolongada en el tiempo, fijada habitualmente entre uno y dos años». c) «Un componente de discapacidad presente en diferentes ámbitos funcionales...». «Se incluirían dentro de los trastornos mentales graves los siguientes diagnósticos psiquiátricos (CIE 10): Esquizofrenia, Trastorno esquizotípico, Trastorno de ideas delirantes persistentes, Trastornos de ideas delirantes inducido, Trastorno esquizoafectivo, Trastorno psicótico no orgánico y no especificado, Trastorno bipolar, Trastorno depresivo recurrente sin síntomas psicóticos y con síntomas psicóticos, Trastorno paranoide de la personalidad, Trastorno esquizoide de la personalidad y Trastorno de la inestabilidad emocional» (JAÉN MORENO, M.J., y MORENO DÍAZ, M.J.; «Trastorno mental y capacidad para entender el significado del proceso penal y de la pena. Criterios médicos periciales», en FLORES PRADA, I., *Trastornos mentales y justicia penal. Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 158 y 159).

¹⁰ En cuanto a la posible asimilación entre la adicción a las drogas constatada después de la sentencia y la enfermedad mental sobrevenida, vid. Consulta de la FGE n.º 1/1990, de 30 de abril, «sobre la enajenación mental incompleta, en su forma de intensa adicción a la heroína, sobrevenida después de la sentencia: efectos sobre el cumplimiento de la pena».

¹¹ En opinión del DEFENSOR DEL PUEBLO, el art. 60 «no es teóricamente aplicable a estos casos (son personas con discapacidad intelectual, no enfermos mentales)». «Pero en ocasiones se ha recurrido a ese artículo, mediante una interpretación extensiva en beneficio del recluso, cuando una discapacidad intelectual inadvertida antes es detectada en prisión». Por otra parte, también hay que destacar que, con relativa frecuencia, la discapacidad intelectual aparece asociada a la enfermedad mental. Así, el Defensor del Pueblo recoge datos de «Plena Inclusión» (movimiento asociativo que lucha en España por los derechos de las personas con discapacidad intelectual), conforme a los cuales «el 31,9 % de las personas con las que trabaja su organización presentan

sentencia firme se detecta dicha discapacidad, no advertida hasta ese momento, y dicha discapacidad impide al penado conocer el sentido de la pena. Se tratará de casos muy excepcionales, en los que el juez también podría suspender la ejecución de la pena y acordar el internamiento de personas con discapacidad intelectual en módulos especializados, como son los existentes en Segovia, Estremera o Quatre Camins. Además, este mismo criterio se mantiene por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, en Instrucción 2/2020, de 11 de junio, «sobre procedimiento de actuación para posibilitar la aplicación de lo dispuesto en el art. 60 CP», apoyándose en algunos autos de nuestros órganos jurisdiccionales que aplican el citado precepto a las personas con discapacidad intelectual (se cita el AJVP de Bilbao, de 7 de mayo de 2012, y el AJP de Baracaldo, de 3 de julio de 2009). Señala la citada Instrucción que «en el supuesto de personas que presenten solamente discapacidad intelectual (excluyendo enfermedad mental), el centro penitenciario de origen podrá proponer la aplicación del artículo 60 CP y el traslado a los módulos especializados de los CP de Segovia y Madrid VII, cuando la medida de seguridad aplicada sea de internamiento». Ahora bien, también se precisa que «sólo se propondrá el traslado tras haber valorado medidas menos lesivas desde el punto de vista del desarraigo social y siempre que no existan recursos comunitarios adecuados al tratamiento del paciente en su entorno social de referencia».

B) Que esa situación de TMG sea «duradera».

Se exige que se trate de un TMG de carácter crónico¹², no agudo, ni transitorio. O, como también señala el mencionado AJVP de Bilbao de 26 de enero de 2010, es necesario que el trastorno mental «se mantenga en el tiempo sin un término final previsible».

C) Que esa situación duradera de TMG «le impida conocer el sentido de la pena».

simultáneamente discapacidad intelectual y problemas de salud mental; y el 5,2 %, discapacidad intelectual, enfermedad mental y discapacidad física, orgánica o sensorial. Existen situaciones “fronterizas” en las que es difícil constatar la verdadera situación de la persona, lo que representa un problema añadido al sistema judicial, sobre todo si no se ha producido una correcta detección en los servicios sociales» (Informe del DEFENSOR DEL PUEBLO sobre *Las personas con discapacidad intelectual en prisión*, separata del volumen II del informe anual de 2018, Madrid, 2019, disponible en file:///C:/Users/user/Desktop/Separata_discapacidad_en_prision.pdf, pp. 10 y 16).

¹² Como hemos visto, *supra*, el *Libro Blanco sobre la atención sanitaria...* alude a una evolución mínima de dos años, o bien a un deterioro progresivo y marcado de la funcionalidad; y las psiquiatras JAÉN MORENO Y MORENO DÍAZ se refieren a una evolución prolongada en el tiempo, fijada habitualmente entre uno y dos años (sobre la distinción entre el TMG crónico y el TMG agudo, vid. la obra ya citada de JAÉN MORENO, M.J., y MORENO DÍAZ, M.J., «Trastorno mental y capacidad para entender...», pp. 159 y ss.).

Como ya señaló en su día la FGE, «ejecutar la pena de prisión sobre quien no tiene capacidad para comprender el sentido de la misma resulta inútil y gratuito desde el punto de vista de la prevención especial, pues el reo no puede verse motivado por una intervención penal que no comprende, y también desde el punto de vista de la prevención general, pues el ordenamiento jurídico lejos de afirmarse se deslegitima a los ojos de la sociedad si el cumplimiento de la pena se reviste del carácter gratuitamente odioso de una pura e inútil vindicación. El art. 60 CP exige por ello algo más que el diagnóstico clínico de un estado o situación de trastorno mental grave: es preciso que el trastorno impida al sujeto conocer el sentido de la pena, precisión ésta que no se recogía en el texto del inicial proyecto de 1994, y que cobra un significado de extraordinaria relevancia para la comprensión del fin último que justifica esta particular crisis del mecanismo de ejecución de las sentencias penales... El centro de gravedad del precepto se ha desplazado desde la consideración del trastorno mental como causa eficiente de la suspensión a la valoración de la incidencia concreta del mismo en la capacidad de comprensión del sentido de la pena» (Consulta 5/1999, de 16 de diciembre, de la FGE, «sobre problemas que plantea el internamiento de quienes tienen suspendida la ejecución de una pena privativa de libertad por trastorno mental grave sobrevenido a la sentencia firme»)¹³.

El AJVP de Bilbao de 26 de enero de 2010 entendía, igualmente, que la magnitud de la gravedad del trastorno mental a que alude el art. 60 se concretaba «en que el penado no pueda conocer el sentido de la pena, es decir, no pueda conocer el por qué y el para qué de su situación, puesto que en estas circunstancias el cumplimiento de la pena de prisión deviene en inútil a efectos de una prevención especial (intimidatoria y corrección del penado)».

Es evidente, por tanto, que, conforme a lo dispuesto por el art. 60, lo que justifica que la ejecución de la pena se suspenda no es que el penado sufra un TMG de carácter crónico, sino que dicho TMG le impida conocer el sentido de la pena. Es la falta de capacidad procesal del penado lo que motiva la suspensión de la ejecución de la pena. Y posiblemente así debería ser, es decir, que sólo en esos casos debería suspenderse la ejecución de la pena y no cuando el TMG no impida conocer el sentido de la pena. Sin

¹³ Vid., recogiendo el texto de dicha consulta, AAP León [Sección 2ª] núm. 70/2007, de 20 abril [JUR 2007\281412]). Y en la misma línea también se manifiesta nuestro TS: «los fines esenciales de la pena, es decir, la reinserción social y la reeducación, no pueden verse cumplidos si el condenado no es capaz de comprender su situación de sujeto pasivo de la pena» (STS, Sala de lo Militar, de 30 noviembre 2004 [RJ 2005\1431]).

embargo, lo anterior valdría siempre y cuando los centros penitenciarios dispusieran de unidades psiquiátricas (tal y como preveían los arts. 183 y ss. del Reglamento Penitenciario) dotadas de suficientes medios humanos y materiales para tratar a los penados con TMG. Sin embargo, la realidad es muy distinta, tal y como ponen de manifiesto los mismos JVP¹⁴. Sea por un motivo u otro, lo cierto es que, en la actualidad, alrededor de 1400 presos con TMG se encuentran ingresados en prisiones ordinarias¹⁵ en las que no reciben el tratamiento médico psiquiátrico adecuado¹⁶, y cuyo estado men-

¹⁴ Los JVP instan «a las Administraciones penitenciarias a que procedan a la creación de unidades psiquiátricas en los centros penitenciarios que se reputen necesarias para atender la demanda de atención especializada de sus respectivas áreas territoriales, en cumplimiento del imperativo de velar por la salud de los internos previsto en el artículo 3.4 de la LOGP, y en aplicación del criterio legal de separación previsto en el artículo 16.d) de la misma LOGP» (CAJVP23 núm. 48). Dicho criterio se motiva por los JVP afirmando lo siguiente: «En la actualidad se canaliza dicha atención a través de un sistema de acuerdos entre la Administración penitenciaria y entidades concertadas, existiendo graves retrasos en la atención a los reclusos que presentan padecimientos psiquiátricos. La creación de esas unidades psiquiátricas, atendidas por psiquiatras de la propia institución, se justifica además por la existencia de la especialidad de psiquiatría en la ley 39/1970, de reestructuración de los Cuerpos penitenciarios; por la propia previsión de unidades psiquiátricas, además de los Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios, en los artículos 184 y siguientes del Reglamento Penitenciarios vigente. En la actualidad, además, la inexistencia de Unidades Psiquiátricas suscita problemas de ubicación de penados que padecen anomalías psíquicas, que conforme al citado artículo 184 del Reglamento no pueden ser destinados a Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios y cuya vida en módulos de régimen ordinario resulta de todo punto imposible» (*Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus XXXI reuniones celebradas entre 1981 y 2023 [Texto actualizado a octubre de 2023]*, p. 21, disponible en <https://00ffb77f48.clvaw-cdnwnd.com/fca42b96186095c638c6034f9b4e34af/200001536-ad600ad603/CRITERIOS%20%20GRANADA%202023.pdf?ph=00ffb77f48>).

¹⁵ «Aunque la prevalencia real de personas con TMG en el medio penitenciario español se desconoce con precisión, los datos existentes permiten estimar que, al menos, entre 4 y 5 de cada 100 personas internas tienen un TMG». En concreto, «el 4,2% de las personas internas en centros penitenciarios dependientes de la Administración General tienen TMG. Serían alrededor de 1800 los internos con TMG, de los cuales el 22% estarían ingresados en uno de los dos hospitales psiquiátricos existentes (Alicante y Sevilla), mientras que el resto estarían en prisiones ordinarias» (*Libro Blanco sobre la atención sanitaria...*, op. cit., pp. 50 y ss. y p. 275).

¹⁶ «Excepto en un centro penitenciario en Madrid, el resto de CCAA (*que no tienen transferidas las competencias en sanidad penitenciaria*) no cuentan con médicos psiquiatras en plantilla. Tampoco, disponen de este recurso CCAA como Andalucía y Comunidad Valenciana que tienen el número más alto de personas con necesidades altas de cuidados de su salud mental. Los médicos psiquiatras son interconsultores cuya dedicación es variable según los centros, pero inferior al 7,5% del tiempo completo (40 horas/semanales) de dedicación. En el mejor de los casos, los especialistas en psiquiatría pasan consulta una vez a la semana durante 3 horas...» (*Libro Blanco sobre la atención sanitaria...*, op. cit., pp. 89 y 90). En esta línea, los JVP afirmaron en 2023 que venían detectando «desde hace varios años en prácticamente todos los centros penitenciarios del territorio nacional un acusado déficit en el número de médicos, por lo que se insta a las distintas administraciones penitenciarias para que adopten las medidas precisas a fin de dotar a los centros penitenciarios de un número de profesionales de la medicina suficiente para atender las

tal frecuentemente se agrava al estar en prisión (cfr., *supra*, regla 109.1º de las citadas «Reglas Nelson Mandela»). Este es el motivo por el que proponemos que, también en los casos en los que el TMG no impida conocer el sentido de la pena, podría suspenderse la ejecución de la misma en los términos previstos por el art. 60 CP (tal y como preveía el CP de 1973 —vid. art. 82 de dicho código—)¹⁷. Si no se aceptara dicha propuesta, el JVP que considere que el TMG de que adolece el preso no le impide conocer el sentido de la pena, no tendría más alternativa que mantener al preso en el centro penitenciario ordinario, tal y como sucede hoy día, exigiendo que el mismo sea tratado mientras cumple la pena, tratamiento médico psiquiátrico que, con los medios que cuentan los centros penitenciarios en la actualidad, casi seguro que no va a recibir.

El dato antes reseñado (alrededor de 1400 presos con TMG en las prisiones españolas) podría hacernos pensar que serán numerosos los incidentes que se promueven hoy día al amparo del art. 60 CP. Sin embargo, en la práctica esto no es así. Al contrario, son excepcionales estos incidentes. El motivo de ello posiblemente obedezca al hecho de que, como hemos señalado, no todo TMG grave autoriza a pedir la suspensión de la ejecución de la pena conforme al art. 60, sino solo una situación duradera de TMG que impida al penado «conocer el sentido de la pena». A ello podríamos añadir el hecho de que la aplicación del art. 60 supone, frecuentemente, que se imponga al penado la medida de seguridad de internamiento en los únicos dos hospitales psiquiátricos penitenciarios existentes hoy día (Alicante y Sevilla)¹⁸,

necesidades de los internos y cumplir adecuadamente con la obligación impuesta por el artículo 3.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, 4.2-a, 36 y 208-1 del Reglamento Penitenciario». Asimismo, mostraron su preocupación «por la deficiente atención sanitaria en el ámbito de la salud mental de los internos y la repercusión que la falta de médicos provoca en el adecuado control de la aplicación de los medios coercitivos» (CAJVP23 núm. 48 bis). Ahora bien, sin perjuicio de todo lo señalado, tenemos que reconocer, no obstante, los importantes avances que se están produciendo en el tratamiento de los presos con TMG, en los centros penitenciarios en régimen ordinario, tras la implantación por parte de Instituciones Penitenciarias del Programa de Atención Integral de Enfermos Mentales (PAIEM) y del Programa Puente en los Centros de Inserción Social (vid. *Libro Blanco sobre la atención sanitaria...*, op. cit., pp. 23 y ss.).

¹⁷ En la línea también de suavizar el requisito de que el TMG impida conocer el sentido de la pena, podemos situar la opinión de los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria cuando afirman que el art. 60 debería aplicarse no solo cuando los TMG «impidan conocer el sentido de la pena (por qué y para qué se cumple), sino también cuando la enfermedad lo dificulte notoriamente, suponiendo el cumplimiento de la pena la desestabilización del equilibrio conseguido, fundamentalmente en los supuestos frecuentes de enlace de penas de prisión posteriores al cumplimiento de medidas de internamiento» (vid. CFVP núm. 118, op. cit., p. 112).

¹⁸ Al margen queda Cataluña, País Vasco y Navarra, que tienen transferidas las competencias en sanidad penitenciaria, y cuya situación es bastante mejor que en el resto del Estado (vid. *Libro Blanco sobre la atención sanitaria...*, op. cit., pp. 206 y ss.).

por el tiempo que reste para cumplir la pena o hasta que recupere la salud mental, y aunque tales hospitales prestan una ayuda especializada, están totalmente saturados y adolecen de escasos recursos sanitarios, estructurales y humanos¹⁹. Por otra parte, el ingreso en dichos hospitales supone, frecuentemente, alejar a los presos de su entorno familiar con los problemas que ello origina de cara a su tratamiento y rehabilitación, y, además, su situación empeora en algunos aspectos con relación a la que soportan los presos ordinarios²⁰. Finalmente, si a todo ello le unimos la falta de asesoramiento jurídico adecuado de los presos en las cárceles, podemos llegar a entender las razones que explican el escasísimo número de incidentes que se plantean al amparo del art. 60 CP.

2. POSIBLE IMPOSICIÓN DE UNA MEDIDA DE SEGURIDAD

El art. 60 CP menciona expresamente la posibilidad de que, cuando se suspende la ejecución de la pena privativa de libertad, el JVP imponga al penado una medida de seguridad privativa de libertad para garantizar que reciba la asistencia médica. En la práctica lo más frecuente es que acuerde el internamiento para tratamiento médico en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie (vid. arts. 101 y ss. CP), por el tiempo que reste para el licenciamiento definitivo²¹. Incluso, el Reglamento Penitenciario ya se refería al ingreso en «establecimientos o unidades psiquiátricas penitenciarias» en los casos de «penados a los que, por enfermedad mental sobrevenida, se les haya impuesto una medida de seguridad por el Tribunal sentenciador (*JVP hoy día*) ...» (art. 184 c) RP). Ahora bien, el art. 60 señala que el JVP «*podrá*» decretar la imposición una

¹⁹ Vid. *Libro Blanco sobre la atención sanitaria...*, op. cit., pp. 130 y ss.

²⁰ El Grupo de Estudios de Política Criminal resalta, con relación al supuesto previsto por el art. 60 CP, que «en la ejecución de la medida (*se refiere a la medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico*) prevalecen criterios penitenciarios, pero limitadamente, de un modo que es desfavorable para el sujeto sometido a internamiento psiquiátrico hasta el punto de poder hacer preferible en ocasiones el régimen penitenciario de cumplimiento de una pena de prisión». «En efecto, la no clasificación en grado, el no acceso a permisos, así como las limitaciones que afectan al régimen de las comunicaciones, las visitas y las limitadísimas posibilidades para traslados determinan un régimen que en la práctica, aunque puedan existir remedos en el régimen de un psiquiátrico, como las salidas terapéuticas, puede resultar más riguroso que el de los sujetos sometidos a penas privativas de libertad» (GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa para un nuevo régimen penal aplicable a las personas con enfermedad mental o con discapacidad intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, p. 16, disponible en <https://politicacriminal.es/una-propuesta-alternativa-para-un-nuevo-regimen-penal-aplicable-a-las-personas-con-enfermedad-mental-o-discapacidad-intelectual>).

²¹ Vid., p. ej., el citado AJVP de Bilbao de 26 de enero de 2010.

medida de seguridad privativa de libertad, pero no obliga a imponerla; sólo exige que se garantice que el penado reciba la asistencia médica precisa. En consecuencia, dependiendo de las exigencias derivadas de dicha asistencia médica, el JVP podría no imponer una medida de seguridad privativa de libertad²², o incluso decidir que el internamiento no se lleve a cabo en un hospital psiquiátrico penitenciario²³. Por supuesto, también podrá, si lo considera oportuno, acordar cualquier medida de seguridad no privativa de libertad que fuera suficiente para garantizar la asistencia médica que requiera el TMG del penado (p. ej., como ya mencionamos, la libertad vigilada y la custodia familiar —vid. arts. 105 y 106 CP— o combinar estas medidas con el establecimiento de la medida a «seguir tratamiento médico externo o de someterse a un control médico periódico» —art. 106.1.k) CP—).

En cualquier caso, si el JVP decreta la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad, dicha medida no podrá ser «más gravosa que la pena sustituida» (art. 60 CP) y, por tanto, no podrá tener una duración superior al tiempo que reste para cumplir la pena, cuando esta queda suspendida.

La imposición de la medida de seguridad del internamiento (arts. 101 y ss. CP) exige, aunque no se mencione expresamente por el art. 60 CP, «que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos» (vid. art. 95.1º CP). En consecuencia, el JVP tendrá que comprobar la peligrosidad criminal del condenado²⁴, puesto que, como señala también el art. 6.1º CP, «las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se le impongan exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito»²⁵. Ahora bien, comprobada

²² Vid., p. ej., AAN de 22 de julio de 2020 y AAP de Cádiz de 4 de marzo de 2020 (Autos publicados en *Jurisprudencia Penitenciaria 2010-2020, Medidas de seguridad. Especial mención a la libertad vigilada*, MINISTERIO DEL INTERIOR, SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, septiembre 2021, pp. 339 y ss.). Vid., también, AAP de Castellón (Sección 1ª) núm. 302/2018, de 11 abril (JUR 2023\129050).

²³ Vid. AAP Las Palmas de Gran Canarias, de 1 de junio de 2011 (Auto publicado en *Jurisprudencia Penitenciaria 2010-2020*, op. cit., pp. 327 y ss.).

²⁴ Como señala la CFGE 2/2004, de 22 de diciembre, «sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (primera parte)», «en todo caso, la medida de seguridad de internamiento habrá de imponerse sobre la base de un juicio pronóstico de peligrosidad». Ahora bien, «los Sres. Fiscales se opondrán a una interpretación de la habilitación legal como presunción *ex lege* de peligrosidad del afectado por la enfermedad sobrevenida».

²⁵ Hay que advertir, no obstante, que, con relación al art. 60, antes de ser reformado por la LO. 15/2003, la FGE mantenía que «la suspensión del cumplimiento de una pena privativa de libertad por una situación duradera de trastorno mental grave sobrevenida al reo tras la sentencia firme no justifica la aplicación al mismo de una medida de seguridad de internamiento». «Acordada la

la citada peligrosidad criminal, el JVP podrá acordar la medida de seguridad sin someterse al principio acusatorio, es decir, sin que sea necesario que la medida haya sido solicitada por el MF o el propio penado²⁶.

Según la Instrucción 2/2020, de 11 de junio, de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, ya citada, «si el Juez de Vigilancia Penitenciaria acordara la aplicación de lo dispuesto en el art. 60 CP y le impusiera al penado el cumplimiento de una medida de seguridad privativa de libertad, se estará a lo dispuesto en el apartado 3 de la Instrucción 19/11 sobre cumplimiento de las medidas de seguridad». En consecuencia, procede distinguir los siguientes supuestos: A) «En el supuesto de que el interno se encontrara clasificado, la Junta de Tratamiento del Centro penitenciario en el que se encuentra propondrá al Servicio de Clasificación dejar sin efecto la misma (Fase PRO S SC 002), con remisión del auto judicial por el que se impone la medida». B) «En caso de que el JVP decidiese el internamiento del interno en un hospital psiquiátrico penitenciario, la Junta de Tratamiento solicitará a la Subdirección General de Coordinación de Sanidad Penitenciaria, el correspondiente traslado del mismo. La Subdirección General de Coordinación de Sanidad Penitenciaria gestionará los ingresos de acuerdo con las

suspensión de la pena por el juez o tribunal sentenciador lo que procede es el cese de toda intervención penal sobre el reo y que se dé traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal para que inste en el orden jurisdiccional civil las medidas que en su caso fueren procedentes en materia de incapacitación o internamiento del afectado por el trastorno». En concreto, con relación a la posible adopción de una medida de seguridad en estos casos, argumentaba la FGE que «si el juicio que demanda el art. 60 CP del juez o tribunal no es un juicio de peligrosidad del reo, sino un juicio de capacidad de comprensión del sentido y alcance de la pena que sufre, es indudable que sobre ese juicio no se puede sustentar la imposición de una medida de seguridad que venga a sustituir a la pena suspendida». «El principio de legalidad en este ámbito demanda inexcusablemente la concurrencia en el sujeto a medida de seguridad de una peligrosidad criminal que se haya exteriorizado en la comisión de un hecho constitutivo de delito —art. 6.1 CP—, circunstancia que no se da en el recluso que sufre una situación de trastorno mental por el mero hecho de sufrirlo. Los posibles efectos que dicho trastorno pueda producir en el comportamiento futuro del reo escapan al objeto del incidente de suspensión y habrán de ser tratados con mecanismos jurídicos y asistenciales ajenos a la intervención penal» (Consulta 5/1999, de 16 de diciembre, de la FGE, ya citada) (En la misma línea de la citada consulta también se manifiesta el Magistrado PUENTE SEGURA, L., *Suspensión y sustitución de las penas*, Madrid, edit. La Ley, 2009, p. 250). Por otra parte, el Grupo de Estudios de Política Criminal también critica que el art. 60 permita imponer medidas de seguridad en los casos de trastornos mentales sobrevenidos, y considera preferible que en estos casos se acuerde la libertad condicional y, en su caso, se dé traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal para que inste en el orden jurisdiccional civil las medidas procedentes respecto del discapacitado (GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa...*, op. cit., pp. 26 y ss.; sobre dicha propuesta, vid. también la Jornada sobre «Salud mental y sistema penal: ¿universos paralelos?», organizada por el profesor Xabier Etxebarria, y celebrada el 1 de junio de 2023 en la Facultad de Derecho de la UCM [disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=j4wCo4mB-Ul>]).

²⁶ Vid. ATS núm. 635/2017, de 23 marzo [JUR 2017\108236]).

camas disponibles en los hospitales psiquiátricos penitenciarios, estableciendo la correspondiente lista de espera». C) «En el caso de discapacidad intelectual, si el JVP decidiese el internamiento en los módulos específicos del CP de Segovia o Madrid VII, la Junta de Tratamiento solicitará al Área de Tratamiento el correspondiente traslado». D) «En tanto se ejecuta el internamiento ordenado por enfermedad mental, el paciente deberá quedar bajo la supervisión del equipo técnico del PAIEM, permaneciendo, en su caso, en el departamento de Enfermería, comunicando dicha circunstancia al Juez de Vigilancia Penitenciaria. De estar indicado médicamente el ingreso en un centro especializado, se solicitará el mismo a los dispositivos no penitenciarios de referencia».

Por otra parte, como ya hemos señalado, el art. 60 también permite que el JVP acuerde la suspensión de la ejecución de penas que no son privativas de libertad si concurren los requisitos del art. 60. En estos casos, dependiendo de la pena concreta de que se trate, el JVP podrá suspender o no la ejecución de esta. En caso de que decida suspender la ejecución de la pena, podrá imponer «las medidas de seguridad que estime necesarias», es decir, el precepto no impide que pudiera imponer una medida de seguridad privativa de libertad. No obstante, no creemos que ello sea posible²⁷. Además, hay que recordar que, con carácter general, el art. 95.3º CP dispone que, «cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el juez o tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 96.3», es decir, medidas de seguridad no privativas de libertad. En definitiva, por tanto, somos de la opinión de que si el JVP suspende la ejecución de una pena no privativa de libertad, podrá adoptar, si lo considera necesario, algunas de las medidas de seguridad no privativas de libertad antes mencionadas y, en el supuesto hipotético de que entendiera que la asistencia médica del penado exige su ingreso en un centro psiquiátrico, debería dar traslado del asunto al MF para que proceda, en su caso, a instar la adopción de medidas

²⁷ En contra de que en estos casos se pudiera adoptar una medida de seguridad privativa de libertad se manifiestan VEGAS AGUILAR, J.C., y HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, F.E. («La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 18, 2015, p. 264), FERNÁNDEZ ARÉVALO, I., («Sistema de ejecución penal y personas con anomalía psíquica», en FLORES PRADA, I., *Trastornos mentales y justicia penal. Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal*, op. cit., p. 468), GARCÍA SAN MARTÍN, J. (*Las medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad. Adaptado a las reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015*, Madrid, Dykinson, 2015, p. 127); PUENTE SEGURA, L. (*Suspensión y sustitución de las penas*, op. cit., pp. 252-253) ...

judiciales de apoyo a personas con discapacidad y su internamiento en el orden jurisdiccional civil al amparo del art. 763 LECiv.

En los casos en los que el JVP impusiera al penado el cumplimiento de una medida de seguridad no privativa de libertad, señala la citada Instrucción 2/2020 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias que «el Trabajador Social encargado del interno pondrá a disposición de la entidad o la persona que se vaya a hacer cargo del mismo, aquellos recursos sociales comunitarios que puedan coadyuvar en su reintegración social y fuesen conocidos a través del Programa Puente u otros».

En general, siempre que el JVP imponga una medida de seguridad, privativa o no de libertad, al amparo del art. 60, la ejecución de dicha medida deberá ajustarse, según opinión defendida por los propios JVP, «al régimen general de todas las medidas de seguridad, que dependerá de la evolución del tratamiento, pudiendo, por ello, modificarse el contenido de la medida o dejarse sin efecto a la vista de dicha evolución» (CAJVP23 núm. 111) (vid. arts. 97 y 98 CP). Y la competencia para el seguimiento y control de la medida de seguridad de internamiento en establecimiento psiquiátrico impuesta corresponde al «Juez de Vigilancia que acordó la sustitución de la prisión e impuso la medida de seguridad con independencia del lugar de internamiento» (CAJVP23 núm. 112)²⁸. Y lo mismo cabe afirmar en el caso de que la medida de seguridad fijada por el JVP fuera de libertad vigilada (no privativa de libertad), impuesta bien al acordar la suspensión o, posteriormente, en virtud de la evolución del sujeto a dicha medida, es decir, «el seguimiento y control de la misma le corresponderá al propio JVP que la impuso» (CAJVP23 núm. 112.3)²⁹. En todos estos casos de aplicación del artículo 60 del CP, «el JVP que lo acordó no hará las propuestas previstas en el art 98 del CP sino que resolverá directamente y con la periodicidad máxima establecida en dicho precepto (*anualmente*) sobre la modificación,

²⁸ La motivación de dicho criterio es la siguiente: «Dado que el Juez de Vigilancia suspendió la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta lo lógico es que mantenga su competencia durante toda la duración del cumplimiento de la medida de seguridad con independencia de que sea trasladado a otro centro de internamiento en caso de medidas privativas de libertad o cambie de domicilio en caso de no privativas... Y ello porque solo al Juez de Vigilancia que suspendió la prisión le corresponde determinar no solo su duración, que no podrá ser más gravosa que la pena sustituida, sino su posible mantenimiento, sustitución, modificación o cese» (vid. *Criterios de actuación, conclusiones...*, op. cit., p. 50).

²⁹ Vid., en el mismo sentido, SÁEZ MALCEÑIDO, E., «Las medidas de seguridad penales: en especial, la anudadura a la interrupción de la condena por inimputabilidad sobrevenida del penado», *Diario La Ley*, núm. 9374, 11 de marzo de 1979, pp. 15 y ss.

sustitución o cese de la medida a la vista de los informes técnicos, de la que se dará cuenta al Tribunal Sentenciador» (CAJVP23 núm. 113).

En el mismo sentido señalan los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria que, en el caso de medidas de seguridad no privativas de libertad que hayan acordado los JVP de conformidad con el art. 60 CP, les corresponde la ejecución de las mismas a los JVP, «por resultar ilógico atribuir la ejecución de la medida impuesta por el JVP al sentenciador» (vid. CFVP núm. 116). También correspondería a los JVP intervenir en la libertad vigilada que hubieren impuesto al amparo del art. 60 (vid. CFVP núm. 116 bis). En definitiva, señalan los citados Fiscales de Vigilancia Penitenciaria, el juez que adoptó la medida de seguridad en aplicación del art. 60, «será competente para el seguimiento de la medida —controles periódicos—, de forma directa o a través de propuesta del JVP del lugar de internamiento, en los supuestos de medidas privativas, siendo este último, en todo caso, el competente para acordar los permisos y salidas terapéuticas» (vid. CFVP núm.118). Resulta así que «el criterio competencial para la adopción coincide con el acogido por los JVP (112, 2022), si bien se matiza el acordado por aquéllos respecto del seguimiento de la medida, pues compartiendo que debe ser el mismo que la adoptó respecto de los controles periódicos de evolución, aunque haya cambiado de centro de internamiento o domicilio, según se trate de centro de internamiento o medida no privativa, se estima que, respecto de las privativas, debe ser el juez del territorio el que resuelva sobre las salidas y permisos, por su mayor inmediación. Y todo ello sin entrar a valorar si en los controles periódicos, caso de las privativas, debe o no haber propuesta del JVP del lugar de cumplimiento al JVP que la acordó o deberá entenderse el centro directamente con este último»³⁰.

Por último, y ya al margen de lo anterior, dispone también el art. 60.1º CP, en su segundo párrafo, que «el JVP comunicará al Ministerio Fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código», es decir, a efectos de que el MF pueda instar, si fuera procedente, un proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo a la persona con discapacidad (o, en el supuesto de que tales medidas hubieran sido ya anteriormente acordadas, para su revisión), y su internamiento en el orden jurisdiccional civil al amparo del art. 763 LECiv. Como señalaba la ya citada CFGE 2/2004, de 22 de diciembre, «se trata de coordinar una correcta articulación de los internamientos penales con los civiles, evitando tiempos

³⁰ Vid. CFVP núms. 116, 116 bis y 118, op. cit., pp. 108-112.

mueritos que pudieran dar lugar a situaciones de desprotección del enfermo y peligro para terceros».

3. RESTABLECIMIENTO DE LA SALUD MENTAL DEL CONDENADO AL QUE SE LE SUSPENDIÓ LA EJECUCIÓN DE LA PENA

Como ya hemos resaltado, el JVP que suspendió la ejecución de la pena y que, en su caso, adoptó alguna medida de seguridad en aplicación del art. 60, va a efectuar un control periódico y un seguimiento de la citada medida y del estado de salud del condenado al que se le suspendió la ejecución de la pena. Como consecuencia de dicho seguimiento, puede suceder que llegue un momento en el que dicho Juez decida alzar la suspensión de la ejecución de la pena al entender que el penado ha recuperado ya su salud mental o su capacidad. Pues bien, a este supuesto alude el art. 60.2º CP cuando señala que, «restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente».

En consecuencia, por tanto, habrá que entender que, como regla general, en caso de que el penado recupere su salud mental, deberá cumplir el resto de la pena que le quede por cumplir, descontado el tiempo de cumplimiento de la medida de seguridad que, en su caso, le haya sido impuesta al suspenderse la pena³¹. No obstante, esta regla presentaría dos excepciones:

A) Cuando la pena hubiera prescrito (vid. arts. 133 y 134 CP en cuanto al tiempo de prescripción de las penas).

Resulta, así, que «el art. 60.2 CP es la única excepción al entendimiento de que la suspensión de la ejecución suspende también el plazo de prescripción de la pena, y se entiende que el periodo de cumplimiento de la medida acordada por virtud de dicho precepto no interrumpe el cómputo del término de prescripción de la pena» (AAP de Badajoz núm. 153/2021 de 6 mayo [JUR 2021\211146]). En este sentido ya se manifestó también la FGE, en la Consulta 1/2012, de 27 de junio, sobre «la interrupción del plazo de prescripción en los supuestos de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad». Por tanto, desde el momento en que se suspende la

³¹ «Debe entenderse que aun cuando la decisión sea la de ordenar el cumplimiento de la sentencia, necesariamente habrá de reducirse su duración, descontando del período pendiente de cumplimiento todo el tiempo en que el reo hubiere estado privado de libertad en cumplimiento de la medida de seguridad sustitutiva de la pena suspendida» (CFGE 2/2004, de 22 de diciembre).

ejecución de la pena debe comenzar a computarse el plazo de prescripción de la pena que le fue impuesta al penado, y si dicho plazo de prescripción se cumple, recuperada la salud mental del penado, éste ya no tendrá que cumplir el resto de la pena que le quedaba por cumplir cuando se suspendió la pena por TMG sobrevenido.

B) Cuando el Juez o Tribunal sentenciador, «por razones de equidad», dé por extinguida la condena o reduzca su duración, «en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente» (art. 60.2^o CP). Es decir, cuando el cumplimiento de la pena ya no sirviera para cumplir los fines de la misma (innecesaria) o cuando la vuelta del penado a prisión pudiera provocar una recaída en su trastorno mental (contraproducente)³².

Conviene advertir que la decisión de dar por extinguida³³ la pena o de reducir su duración en estos casos corresponde al Juez o Tribunal sentenciador puesto que se trata de una cuestión propia de sus funciones³⁴. Sin embargo, como ya hemos señalado, será el JVP que acordó la suspensión de la pena el competente para alzar dicha suspensión y ordenar, en su caso, el cumplimiento de la pena restante que proceda (CAJVP23 núm. 112.2)³⁵.

³² Vid., VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «El trastorno mental grave apreciado después de dictarse sentencia firme. El art. 60 del CP», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 9 de abril de 2007, p. 15, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-04.pdf>.

Entre otras consideraciones, se deberían también tener en cuenta las razones de índole médica como justificante de la posible extinción o reducción de la duración de la condena (vid. FERRER GUTIÉRREZ, A., *Manual práctico sobre ejecución penal y derecho penitenciario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 121), así como el tiempo durante el cual la ejecución de la pena hubiera estado suspendida («como criterio general, a más tiempo de suspensión menos necesidad de reanudar el cumplimiento de la pena restante») (vid. PUENTE SEGURA, L., *Suspensión y sustitución de las penas*, op. cit., p. 254).

³³ Extinción de la condena que «conllevaría inexorablemente una extinción de la responsabilidad criminal por una causa no subsumible en ninguna de las expresamente previstas en el artículo 130 del Código Penal, previsión cuya consecuencia, cuando menos, resulta manifiestamente paradójica» (GARCÍA SAN MARTÍN, J., *Las medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad...*, op. cit., p. 129).

³⁴ «En cuanto a la competencia para acordar el cumplimiento, la extinción o la reducción de la condena una vez recuperada la salud mental, debe entenderse que vuelve al Juez o Tribunal sentenciador, al tratarse de una materia integrada en el núcleo de sus atribuciones. Por lo demás, la propia literalidad del art. 60.2, no modificado, abona esta interpretación» (CFGE 2/2004, de 22 de diciembre).

Hay autores que, sin embargo, consideran preferible atribuir dicha competencia al JVP. Así, p. ej., VEGAS AGUILAR, J.C., y HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, F.E. («La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en la Ley Orgánica 1/2015...», op. cit., p. 248), SÁEZ MALCENIDO, E. («La falta de capacidad procesal para comprender el significado de la pena en el ALECRIM de 2020. Perspectiva jurídica», en FLORES PRADA, I., *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal (Estudios sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, p. 245) ...

³⁵ En este sentido, vid. CFVP núm. 118, op. cit., p. 112.

En cuanto al incidente que se ha de desarrollar para que el Juez o Tribunal sentenciador pueda decidir si se ha de dar por extinguida la pena o si se ha de reducir la duración de la misma, cabe entender, ante el silencio que guarda la LECrim a estos efectos, que, aunque normalmente dicho incidente será promovido por el penado y su Letrado, o por el MF, también el Juez o Tribunal sentenciador, que tenga conocimiento del posible restablecimiento de la salud mental del penado, lo podría abrir de oficio. Dicho Juez o Tribunal deberá dar audiencia al penado (asistido de Letrado), al MF y a las demás acusaciones personadas, que podrán hacer las alegaciones y proponer las pruebas que consideren oportunas. También se deberá dar audiencia, si se considera necesario, al Médico Forense. Posteriormente, si se admitiera alguna prueba cuya práctica requiera la celebración de una vista, esta deberá celebrarse. Tras ello, el Juez o Tribunal sentenciador resolverá por medio de auto (vid. art. 141 LECrim.), resolución contra la que cabrá interponer los recursos habituales (reforma y apelación si el auto lo dicta un órgano unipersonal [vid. art. 766 LECrim], súplica si fuera un órgano colegiado [vid. arts. 236 y 237 LECrim]).

III. COMPETENCIA

Como ya hemos apuntado, la competencia objetiva para conocer del incidente de suspensión de la ejecución de la pena previsto en el art. 60 CP corresponde a los JVP, tras la reforma que dicho precepto sufrió por LO. 15/2003. Hasta ese momento, el conocimiento del mencionado incidente se encomendaba a los Juzgados y Tribunales sentenciadores (vid. art. 993 LECrim), es decir, al Juez o Tribunal que hubiera dictado sentencia en primera instancia (vid. arts. 984 y ss. LECrim).

El cambio operado en 2003 se justificó, entre otras razones, a fin de evitar el problema de determinar el Juez o Tribunal sentenciador competente para fallar el incidente en los supuestos en que el sujeto hubiera sido condenado a varias penas por diferentes órganos jurisdiccionales³⁶. Además, parece razonable pensar que, desde el momento en que se produce el ingreso del penado en prisión, deben ser los JVP quienes se han de encargar de las vicisitudes que se produzcan en la vida penitenciaria de los presos³⁷. Sin

³⁶ Vid., en este sentido, AAP Barcelona, de 12 de diciembre de 2019 (Auto publicado en *Jurisprudencia Penitenciaria 2010-2020...*, op. cit., pp. 337 y 338).

En esta misma línea, vid., p. ej., VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «El trastorno mental grave apreciado después de dictarse sentencia firme...», op. cit., p. 8.

³⁷ Vid. AAP Madrid (Sección 17ª), núm. 726/2009 de 9 julio (JUR 2009\341259).

embargo, lo que es más discutible es que también intervengan los citados JVP cuando la pena impuesta no haya sido privativa de libertad. Este es el motivo por el que compartimos la propuesta que han formulado los JVP en el sentido de solicitar la reforma del art. 60 CP «a fin de atribuir exclusivamente la competencia del JVP para la suspensión de la pena privativa de libertad, por enfermedad mental sobrevenida, cuando se detecte una vez ingresado en prisión». «Cuando se detecte antes del ingreso o se refiera a penas no privativas de libertad la competencia debería corresponder al Juzgado o Tribunal Sentenciador que conoce de la Ejecutoria» (CAJVP23 núm. 114)³⁸. Ahora bien, esta es la propuesta formulada por los JVP; mientras no se reforme el art. 60 CP en esta línea, la competencia para aplicar el citado precepto, cuando el TMG se aprecia después de pronunciada sentencia firme, corresponde siempre a los JVP, tanto si se suspenden penas privativas de libertad como si se trata de penas de otra naturaleza, y tanto si se ha producido ya el ingreso del penado en prisión como si tal ingreso aún no se ha producido³⁹.

La competencia territorial para tramitar el incidente de suspensión de ejecución de la pena al amparo de lo dispuesto en el art 60 CP, según criterio aprobado por los mismos JVP, corresponde al JVP «del territorio donde se encuentre ingresado el devenido enfermo, si estuviere cumpliendo condena, o bien el JVP del territorio del Tribunal Sentenciador si no existiere ingreso previo» (CAJVP23 núm. 112.1). En este último caso, la competencia correspondería a dicho JVP, tanto si el ingreso previo en prisión no se ha producido todavía, como cuando la pena impuesta no fuera privativa de libertad y, por tanto, no preceda el ingreso en prisión⁴⁰.

³⁸ Mantienen también este criterio VEGAS AGUILAR, J.C., y HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, F.E. («La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en la Ley Orgánica 1/2015...», op. cit., p. 264), FLORES PRADA, I. («Derechos fundamentales y garantías del investigado con trastorno mental en el moderno sistema de justicia penal», en FLORES PRADA, I. [dir.], *Derechos y garantías del investigado con trastorno mental en la Justicia penal*, edita el Proyecto de Investigación I+D Trastornos Mentales y Justicia Penal [DER2014-53816-P], 2016, p. 21, disponible en <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/06/doctrina46702.pdf>) y FERNÁNDEZ ARÉVALO, I. («Sistema de ejecución penal y personas con anomalía psíquica», op. cit., p. 458).

³⁹ Vid. ATS (Sala de lo Penal, Sección1ª), de 7 de abril 2010 (JUR 2010\131444).

⁴⁰ En el mismo sentido, en la CFVP núm. 118 se afirma que «la competencia para su aplicación corresponderá al JVP del lugar de cumplimiento, si el sujeto está interno, o al del lugar de ubicación del tribunal sentenciador, en otro caso» (op. cit., p. 111). En cambio, FERNÁNDEZ ARÉVALO considera que, cuando el penado no estuviera interno, «razones prácticas y los propios principios generales de actuación de los Juzgados de Vigilancia parecen apuntar que el Juez de Vigilancia competente lo sea el del domicilio o lugar de residencia actual del reo» (FERNÁNDEZ ARÉVALO, I, «Sistema de ejecución penal...», op. cit., p. 458). En

IV. PROCEDIMIENTO

El procedimiento que se ha de tramitar para conseguir que se suspenda la ejecución de la pena al concurrir los requisitos del art. 60 es el previsto en los artículos 991 a 994 LECrim, preceptos que debemos actualizar teniendo en cuenta los criterios que han fijado los mismos JVP.

Dicho procedimiento constituye un incidente de naturaleza declarativa que se iniciaría cuando el JVP competente tenga conocimiento de que posiblemente concurren los requisitos exigidos por el art. 60 CP, es decir, que al penado le ha sobrevenido una situación duradera de TMG que le impide conocer el sentido de la pena. En la práctica, es la dirección del centro penitenciario quien suele comunicar dicha circunstancia al JVP. Así, dispone la LECrim que «los confinados que se supongan en estado de demencia serán constituidos en observación, instruyéndose al efecto por la Comandancia del presidio en que aquéllos se encuentren un expediente informativo de los hechos y motivos que hayan dado lugar a la sospecha de la demencia, en el que se consigne el primer juicio, o por lo menos la certificación de los facultativos que los hayan examinado y observado» (art. 991 LECrim). En consecuencia, conforme a dicho precepto, la dirección de la prisión ordenará la iniciación de un expediente informativo que tiene por objeto analizar si se confirma o no la sospecha acerca de la posible existencia del TMG que pueda sufrir el penado. A estos efectos, deberá consultar con el servicio médico de la prisión, con los psiquiatras consultores que asisten a los presos en las cárceles, con el equipo técnico del PAIEM... Incluso, la dirección de la prisión podría ordenar el traslado del preso a un establecimiento psiquiátrico penitenciario⁴¹ para que el penado fuera objeto de «observación», aunque creemos que en la práctica tal actuación solo se llevará a cabo en supuestos muy excepcionales⁴². Por supuesto, también podrá ordenar su

términos similares se manifiesta PUENTE SEGURA, L., «Suspensión y sustitución de las penas», op. cit., p. 245.

⁴¹ Podría tratarse de alguno de los dos hospitales penitenciarios psiquiátricos que existen hoy día (Alicante y Sevilla), o de las unidades de hospitalización psiquiátrica penitenciaria de Brians I y II en Cataluña, o la Unidad de Psiquiatría Legal del Hospital de Aita Meni en el País Vasco... (sobre estos hospitales o unidades de hospitalización, vid. TOMÉ GARCÍA, J.A., «Particularidades que muestran las medidas cautelares personales...», op. cit., pp. 77-79).

⁴² En concreto, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, en la ya citada Instrucción 2/2020, de 11 de junio, dispone que, en aplicación del art. 60 CP, «los Directores de los Centros Penitenciarios adoptarán las medidas adecuadas para la puesta en marcha del protocolo de actuación que se detalla a continuación, teniendo en cuenta las siguientes premisas básicas: 1. Las Direcciones de los Centros Penitenciarios deben adecuar las decisiones tanto de carácter tratamental, como especialmente las de corte regimental, al supuesto de la enfermedad mental de un interno y el cumplimiento de una medida de seguridad. 2. Sólo en aquellos casos que por

traslado a un hospital psiquiátrico para conseguir la estabilización del preso. Una vez concluido el citado expediente informativo, si resulta confirmada la sospecha sobre la posible existencia de un TMG en el penado, la dirección del centro penitenciario dará cuenta inmediatamente, con copia literal del expediente instruido, al JVP (aunque la LECrim sigue hablando del «Presidente del Tribunal sentenciador de que procedan los confinados»), sin perjuicio de ponerlo en conocimiento de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (vid. art. 992 LECrim).

La comunicación al JVP de la posible enajenación mental sobrevenida del penado también la pueden efectuar su abogado o sus familiares. Incluso, también sería posible que el propio Juzgado o Tribunal sentenciador lo haga en aquellos casos en los que, a pesar de imponer una pena al encausado por no concurrir causa de exención de responsabilidad criminal en el mismo, aprecie la existencia de un TMG sobrevenido que pueda justificar la aplicación del art. 60 CP. El JVP también podrá incoar de oficio el incidente (CAJVP23 núm. 112 bis). Incluso, la iniciación del incidente podrá ser promovida por el Fiscal de Vigilancia Penitenciaria después de haber compro-

sus características clínicas y conductuales requieran un especial seguimiento de su patología se propondrá el traslado a un Establecimiento Psiquiátrico Penitenciario para su estabilización. En este punto, es necesario tener en cuenta los perjuicios terapéuticos del alejamiento del interno de su entorno social de referencia, máxime si la medida de seguridad impuesta es de corta duración. 3. Es fundamental contar con la participación e implicación de las Comunidades Autónomas y con los recursos públicos comunitarios de atención a la salud mental en la ejecución de las medidas que afecten a los internos con enfermedad mental. Ello en tanto la enfermedad mental les convierte en pacientes del servicio sanitario público. 4. Por ello, como se detalla a continuación y para los casos en que el Equipo Técnico del centro de referencia así lo considere, los informes de aplicación del artículo 60 CP destacarán el recurso comunitario no penitenciario que pudiera ser más conveniente para el paciente desde un punto de vista terapéutico. Ello procurando no sólo una atención más adecuada de la enfermedad mental detectada, sino también el desarraigo social antes referido...».

En cuanto al mencionado protocolo de actuación recogido en la citada Instrucción, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias incluye, además de otras actuaciones que luego veremos, lo siguiente: «1. Detectada, después de pronunciada sentencia firme, una posible enfermedad mental en un interno, que le impida conocer el sentido de la pena, el Equipo Técnico del PAIEM emitirá los informes pertinentes de acuerdo con el artículo 39 LO 1/79, de 26 de septiembre. 2. Entre dichos informes, se incluirá necesariamente un informe del especialista en psiquiatría, informe del médico del establecimiento, un informe psicológico y otro de carácter social. 3. El informe social, siguiendo lo recogido en la Instrucción 2/2018 del Manual de procedimiento de los Trabajadores Sociales en el medio penitenciario, habrá de contemplar las diferentes posibilidades de inclusión del interno en el medio comunitario no penitenciario. En este sentido, los informes de aplicación del artículo 60 CP destacarán en su caso, el recurso dependiente de los Servicios de Salud de la Comunidad Autónoma que pudiera ser más conveniente para el paciente desde un punto de vista terapéutico. Ello procurando no sólo una atención más adecuada de la enfermedad mental detectada, sino también el desarraigo social del mismo...».

bado la concurrencia de los requisitos exigidos por el art. 60 CP⁴³, o por los Hospitales psiquiátricos penitenciarios en los que el penado pudiera estar ingresado para cumplir una medida de seguridad previa al cumplimiento de la pena que ahora se pretende suspender⁴⁴. Además, como disponía el art. 752 ALECrím de 2011, «cuando se trate del cumplimiento de penas no privativas de libertad o la pena de localización permanente en lugar distinto del establecimiento penitenciario, se hayan iniciado o no, las autoridades que asuman el control sobre el cumplimiento de la misma estarán obligadas a comunicar al Juez de Vigilancia Penitencia cualquier sospecha grave de que el penado puede sufrir una situación duradera de trastorno mental grave a los efectos de que pueda tramitar el incidente regulado en los artículos anteriores».

Una vez que el JVP ordene la incoación del incidente deberá recabar «informe del Psiquiatra consultor del Centro Penitenciario, y del Médico Forense» (CAJVP23 núm. 112 bis)⁴⁵. Todo ello, sin perjuicio de que, como hemos visto, es posible que tales informes ya hayan sido incorporados en

⁴³ «Siempre que el Fiscal de Vigilancia tenga noticia de la presencia de personas con anomalías o deficiencias psíquicas graves y duraderas que pudieran impedirles conocer el sentido de la pena, de conformidad con lo establecido en el arts. 3.1 y 5 EOMF incoará Diligencias pre-procesales en orden a verificar los presupuestos contemplados en el art. 60 CP e instar en su caso la suspensión de la pena si hubiere razones legales al efecto, dando además traslado de los antecedentes a la Sección de Personas con discapacidad a los efectos procedentes» (Conclusión 12^a de 2015)» (CFVP núm. 59, op. cit., p. 57).

⁴⁴ «En la práctica no son raras las ocasiones en que la sustitución se solicita por los propios Hospitales Psiquiátricos que, próximos al cumplimiento del máximo de la medida de seguridad de internamiento, vienen a formular solicitud al Juez de Vigilancia competente de la suspensión de la pena, y de la imposición de la medida de seguridad de internamiento, respecto de penas posteriores pendientes de cumplimiento, enlazadas a la medida de seguridad cuyo máximo está próximo a cumplirse, y en esos casos junto el informe (*que*) se emite por el Equipo Multidisciplinar, donde se integran psiquiatras, médicos, juristas, psicólogos y trabajadores sociales» (FERNÁNDEZ ARÉVALO, I; «Sistema de ejecución penal...», op. cit., p. 461).

Como ejemplo de la posible iniciativa de los hospitales psiquiátricos en la solicitud de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad pendientes de cumplimiento y su sustitución por la medida de seguridad de internamiento en el Hospital Psiquiátrico Penitenciario, vid., AJVP de Sevilla de 26 de julio de 2007 (en *Jurisprudencia penitenciaria 2007*, Ministerio del Interior, Secretaría General Instituciones penitenciarias, enero 2008, disponible en <https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/instituciones-penitenciarias/jurisprudencia-penitenciaria/Jurisprudencia-penitenciaria-2007-NIPO-126-10-053-8.pdf>, pp. 177-179).

⁴⁵ «Los diagnósticos psiquiátricos que afecten a la situación penitenciaria de los internos deberán realizarse por un equipo técnico, integrado por un especialista en psiquiatría, un médico forense y el del establecimiento, acompañándose en todo caso informe del equipo de observación o de tratamiento» (art. 39 LOGP) (vid. en este sentido, AAP de León [Sección 2^a] núm. 70/2007 de 20 abril [JUR 2007\281412]).

el expediente informativo que hubiere tramitado a estos efectos la dirección del centro penitenciario.

Además de recibir los informes mencionados, el JVP deberá examinar por sí mismo al penado, siempre que ello sea posible⁴⁶. La LECrim no lo exige expresamente, pero parece evidente que debe ser así, sobre todo si tenemos en cuenta que la LECiv sí obliga a dicho reconocimiento judicial en los procesos sobre adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad (vid. art. 759 LECiv) o respecto del internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico (vid. art. 763.3º LECiv). Además, como es probable que el penado tenga dificultades de comprensión, es importante que el JVP extreme su diligencia para garantizar que el condenado entienda, en la medida de lo posible, la información que se le traslada sobre las consecuencias que su discapacidad o TMG sobrevenido puede originar en cuanto a la posible suspensión de la ejecución de la pena que le fue impuesta y, en su caso, su sustitución por una medida de seguridad.

El JVP también podría decidir el ingreso del penado en establecimientos o unidades psiquiátricas penitenciarias para su observación psiquiátrica, durante el tiempo que requiera la misma y la emisión del oportuno informe (vid. art. 184 a) RP).

Como señala el art. 993 LECrim, el JVP también deberá dar audiencia «al Fiscal y al acusador particular de la causa, si lo hubiere, y dándose intervención y audiencia al defensor del penado, o nombrándosele de oficio para este caso si no lo tuviese, acordará la instrucción más amplia y formal sobre los hechos y el estado físico y moral de los pacientes». En consecuencia, no cabe duda de que el penado ha de intervenir en este incidente con abogado y, como señala el CAJVP23 núm. 112 bis, «se nombrará Letrado al penado, si no lo tuviere ya». Sin embargo, no es necesario que el penado intervenga representado por procurador. Además, cuando el penado tenga la consideración de discapacitado intelectual, hoy día es posible que, en el proceso penal y, por tanto, también en los incidentes que pudieran tener lugar en ejecución de sentencia, el penado cuente con el apoyo del denominado «facilitador judicial» y del «acompañante»⁴⁷. Por otra parte, tal y como señala el citado art. 993, consideramos acertado exigir que se dé audiencia a la acusación particular. En nuestra opinión, no se puede negar el interés

⁴⁶ Señala el CAJVP23 núm. 112 bis que «el penado podrá ser examinado por el JVP». No obstante, en nuestra opinión, el penado «deberá» ser examinado por el JVP, si fuere posible, antes de que adopte cualquier resolución al respecto.

⁴⁷ Vid. arts. 7 bis.2º c) y d) LECiv (tras la reforma efectuada por Ley 8/2021, de 2 de junio) y art. 109 LECrim (reformado por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre)

legítimo que la acusación particular puede tener en este asunto. No olvidemos que no sería la primera vez que un interno simula su enajenación mental para conseguir la suspensión de la ejecución de la pena⁴⁸. Además, lo mismo que se reconoce de forma pacífica el interés que tiene la acusación particular en un proceso de declaración en el que, p. ej., se discute si concurrir o no la eximente prevista en los arts. 20.1º, 2º y 3º CP, también debemos admitir el interés legítimo que tiene la acusación particular en un incidente de naturaleza declarativa, que se plantea en ejecución de sentencia, en el que se discute si la pena que se impuso al condenado por la comisión de un delito, del que dicha acusación particular resultó perjudicada, debe ser o no suspendida por el posible TMG que ha sobrevenido al penado.

Señala el art. 994 LECrim que, «sustanciado el incidente a que se refieren los artículos anteriores en juicio contradictorio si hubiese oposición, y en forma ordinaria si no la hubiese, y después de oír las declaraciones juradas de los peritos en el arte de curar, y, en su caso, de la Academia de Medicina y Cirugía, se dictará el fallo que proceda». Se trata de un precepto de difícil interpretación, puesto que no está nada claro a qué se refiere el legislador cuando alude al «juicio contradictorio si hubiese oposición y, en forma ordinaria si no la hubiese»⁴⁹. En la práctica, no obstante, no se hacen estas distinciones y lo relevante es que, tras escuchar a las diferentes partes intervinientes en el incidente, tanto si mantienen una misma postura como si no, los JVP resolverán teniendo muy en cuenta la opinión de los expertos en la materia: médicos, psiquiatras y psicólogos. Este es uno de los motivos por los que los JVP reclaman la necesidad de que en las listas de peritos judiciales se incluyeran peritos psiquiatras con los que contar en los casos de demencia sobrevenida del art. 60 CP (CAJVP23 núm. 106). En cualquier caso, y aunque la LECrim no especifica nada más, lo adecuado sería que se celebrara una comparecencia a la que deberían ser citados el MF, la acusación particular y el penado; en dicha comparecencia se deberían practicar las pruebas que hubieren propuesto y que el JVP haya admitido

⁴⁸ Sobre este tema, vid. diversos artículos periodísticos de interés: el caso de Vicent Gigante [<https://www.bbc.com/mundo/vert-fut-48589013>] o el de Keneth Bianchi [https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/07/130701_salud_enfermedad_mental_crimen_gtg]; o el famoso experimento de David Rosenhan [<https://www.bbc.com/mundo/noticias-55138869>]...).

⁴⁹ GÓMEZ COLOMER considera que lo que pretende la LECrim cuando habla de juicio contradictorio si hubiere oposición es exigir que «las formalidades para declarar el trastorno mental en la ejecución sean las mismas que las requeridas para absolver o condenar a un acusado sospechoso de haber cometido el delito en estado de trastorno mental» (CARBONELL MATEU, J.C., GÓMEZ COLOMER, J.L. y MENGUAL I LLUL, J.B., *Enfermedad mental y delito. Aspectos psiquiátricos, penales y procesales*, Madrid, Civitas, 1987, p 134)

(en particular, además de los informes mencionados antes [del Psiquiatra consultor del Centro Penitenciario, del Médico Forense y del Equipo Técnico del PAIEM]), las periciales psiquiátricas que se hubieren propuesto y admitido) y, tras formular las partes sus alegaciones sobre la valoración de las pruebas practicadas y sus conclusiones, el JVP resolverá el incidente por medio de auto, en el que acordará, en su caso, la suspensión de la ejecución de la pena, y la imposición de la correspondiente medida de seguridad (vid. CAJVP23 núm. 112 bis). Dicho auto deberá comunicarse a la dirección del centro penitenciario, «quien, si se hubiese declarado la demencia, trasladará al penado demente al establecimiento que corresponda, todo sin perjuicio de cumplir con lo que el CP previene si en cualquier tiempo el demente recobrase su juicio» (vid. art. 994 LECrim). También deberá notificarse el auto a las víctimas, aunque el Estatuto de la Víctima del Delito no mencione expresamente dicho auto.

Cuando en el mencionado auto el JVP hubiere impuesto alguna medida de seguridad, en el mismo se suele fijar el plazo en el que el JVP ha de revisar la evolución y el resultado del tratamiento que vaya recibiendo el penado⁵⁰. Como consecuencia de dicha revisión, el JVP podrá modificar el contenido de la medida o dejarla sin efecto (cfr., *supra*, apartado 2 del epígrafe II).

Contra el auto que dicte el JVP cabe recurso de reforma (vid. apartado 1º de la D.A. 5ª LOPJ), recurso de interposición facultativa, que requiere de la intervención preceptiva de abogado⁵¹.

Contra el auto resolutorio de la reforma, o bien directamente contra el auto dictado por el JVP en aplicación del art. 60 CP (dado que el recurso de reforma es potestativo), cabrá apelación ante el juez o tribunal sentenciador⁵², teniendo en cuenta que, en el caso de que el penado se halle cumpliendo varias penas, la competencia para resolver el recurso corresponderá al juzgado o tribunal que haya impuesto la pena privativa de libertad más grave, y en el supuesto de que coincida que varios juzgados o tribunales

⁵⁰ Vid., en este sentido, SÁEZ MALCEÑIDO, E., «La falta de capacidad procesal...», op. cit., p. 246.

⁵¹ Vid. art. 221 LECrim y apartado 9º D.A. 5ª LOPJ cuando señala que, «en todo caso, debe quedar garantizado siempre el derecho a la defensa de los internos en sus reclamaciones judiciales». No obstante, los JVP, en la propuesta que formularon sobre la necesidad de que se apruebe una ley que regule el procedimiento ante los JVP, sugirieron que no fuera preceptiva la intervención de abogado ni de procurador para la interposición del recurso de reforma (vid. CAJVP23 núm. 128, *Criterios de actuación, conclusiones...*, op. cit., pp. 62 y 63).

⁵² «En aquellas Audiencias donde haya más de una sección, mediante las normas de reparto, se atribuirá el conocimiento de los recursos que les correspondan según esta disposición, con carácter exclusivo, a una o dos secciones» (apartado 10º de la D.A.5ª LOPJ).

hubieran impuesto pena de igual gravedad, la competencia corresponderá al que de ellos la hubiera impuesto en último lugar (vid. apartado 2º de la D.A. 5º LOPJ). Además, precisa el apartado 6º de la citada D.A. 5ª LOPJ que, cuando quien haya dictado la resolución recurrida sea un Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, la competencia para conocer del recurso de apelación corresponderá a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

El recurso de apelación contra el mencionado auto «se tramitará conforme a lo dispuesto en la LECrim para el procedimiento abreviado» (vid. art. 766 LECrim), y no tendrá efectos suspensivos. «Estarán legitimados para interponerlo el Ministerio Fiscal y el interno» y «será necesaria la defensa de letrado y, si no se designa procurador, el abogado tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido» (vid. apartado 9º de la D.A. 5ª LOPJ).

Contra el auto resolutorio del recurso de apelación no cabe recurrir en casación (vid. art. 848 LECrim). No obstante, «contra los autos de las Audiencias Provinciales y, en su caso, de la Audiencia Nacional, resolviendo recursos de apelación, que no sean susceptibles de casación ordinaria, podrán interponer, el Ministerio Fiscal y el letrado del penado, recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo...» (vid. apartado 8º de la DA. 5ª LOPJ).

V. ANTEPROYECTO LEY ENJUICIAMIENTO CRIMINAL 2020

1. REGULACIÓN: ARTÍCULO 883 ALECRIM20

El ALECRim20 dedica el art. 883 al tema objeto de este trabajo, precepto que lleva la siguiente rúbrica: «Capacidad procesal de la persona condenada».

El apartado primero del citado artículo comienza afirmando que «a las personas condenadas con discapacidad les será de aplicación lo establecido en el capítulo 2º del Título II del Libro I de esta Ley», es decir, lo establecido con carácter general, en los arts. 61 a 80 ALECRim20, respecto de «la persona encausada con discapacidad».

En los apartados segundo, tercero y cuarto, ya se refiere específicamente al tema de la suspensión de la ejecución de la pena por discapacidad sobrevenida en los siguientes términos:

«Si, incoada la ejecutoria, una discapacidad impide completamente que la persona condenada comprenda el sentido de la pena, el tribunal encargado de la ejecución lo declarará así y suspenderá su cumplimiento hasta que aquella recobre la capacidad para

continuar con la ejecución. A los efectos de lo establecido en este artículo se seguirá el procedimiento establecido en el artículo 72 de esta Ley» (art. 883.2º I ALECRim20).

«En ningún caso la suspensión se extenderá a la ejecución del decomiso ni de las responsabilidades civiles impuestas en la sentencia» (art. 883.2º II ALECRim20).

«Acordada la suspensión de la pena, se revisará anualmente la situación de la persona condenada y su capacidad para el cumplimiento de la pena, a cuyo fin se dispondrá la realización de los reconocimientos e informes médicos que resulten necesarios» (art. 883.3º ALECRim20).

«Restablecida la capacidad de la persona condenada para el cumplimiento de la pena, la cumplirá si no hubiere prescrito, sin perjuicio de que el tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, a cuyo fin oirá previamente al Ministerio Fiscal, a las partes acusadoras, a la persona condenada y a su defensa» (art. 883.4º ALECRim20).

Si comparamos dicho precepto con el actual art. 60 CP, podemos resaltar las siguientes novedades:

A) El art. 883 recoge como causa de suspensión de la ejecución de la pena la existencia de una discapacidad que impida completamente que la persona condenada comprenda el sentido de la pena. Frente a ello, el art. 60 CP, como sabemos, alude a «una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena». Ambos preceptos insisten en que lo esencial es la falta de capacidad procesal de la persona condenada para conocer o comprender el sentido de la pena⁵³. Sin embargo, como vemos, el ALECRim20 no habla de TMG sino de discapacidad, es decir, teniendo en cuenta el art. 61 ALECRim20, habrá que interpretar que será causa de suspensión de la ejecución de la pena, la situación en que se encuentra una persona con limitaciones físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que le impida completamente comprender el sentido de la pena. En este sentido, creemos que el ALECRim20 acierta, puesto que, frente a la actual redacción del art. 60 CP, el art. 883 ALECRim20 incluye no solo los supuestos de discapacidad por enfermedad mental grave sino también otros casos de discapacidad, como, p. ej., el de personas con determinados grados o niveles elevados de discapacidad intelectual, aunque no constitutivas de enfermedad mental (tal y como venían interpretando nuestros juzgados —cfr., *supra*, epígrafe 1 del apartado I de este trabajo, así como la nota número 11—).

⁵³ Sobre este tema, desde un punto de vista médico-psiquiátrico, vid. JIMENO BULNES, N., «La falta de capacidad procesal para comprender el significado de la pena en el ALECRIM de 2020. Análisis desde la psiquiatría forense», en FLORES PRADA, I., *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal (Estudios sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020)*, op. cit., pp. 265 y ss.

B) El art. 883 ALECRim20 no menciona, a diferencia del art. 60 CP, la posibilidad de que el órgano jurisdiccional, al mismo tiempo que suspende la ejecución de la pena, pueda imponer, en su caso, una medida de seguridad que garantice la asistencia médica del penado. Por supuesto que, como veremos al tratar el procedimiento a seguir en estos casos, el juez o tribunal podrá adoptar las «medidas de apoyo» al discapacitado que resulten precisas. Sin embargo, las medidas de apoyo a las que alude el art. 72 ALECRim20 tienen muy poco que ver con la adopción de medidas de seguridad. Por eso, no se entiende bien el silencio que, a estos efectos, guarda el mencionado art. 883⁵⁴ (lo mismo que sucedía con el art. 699 del Borrador de Código Procesal Penal de 2013), salvo que conscientemente se pretenda impedir que, al amparo del art. 60, se puedan imponer medidas de seguridad en los casos de trastornos mentales sobrevenidos, tal y como se defiende por un sector de la doctrina (cfr., *supra*, nota núm. 25). En nuestra opinión, no obstante, creemos que el art. 883 se debería completar con la previsión expresa de que el tribunal encargado de la ejecución, tras suspender la ejecución de la pena, pueda imponer las medidas de seguridad que estime necesarias para que la persona condenada reciba la adecuada asistencia médica, se consiga el restablecimiento de su capacidad y, al mismo tiempo, se proteja a la sociedad en caso de que la adopción de dicha medida resulte necesaria por la peligrosidad criminal del penado.

C) La competencia para suspender la ejecución de la pena en estos casos se atribuye al tribunal encargado de la ejecución, frente a lo dispuesto por el art. 60 CP, que, como sabemos, encomienda dicha competencia al JVP (cfr., *infra*, apartado 2).

D) En cuanto al procedimiento a seguir para la tramitación de este incidente, el art. 883 ALECRim20 se limita a remitirse al art. 72 del ALECRim20, precepto que regula la tramitación del incidente para la evaluación de la capacidad procesal del investigado y para la adopción de medidas específicas de adaptación y apoyo a los investigados con discapacidad (cfr., *infra*, apartado 3). A estos efectos, se mejora, por supuesto, la arcaica regulación procedimental existente hoy día (vid. arts. 991 a 994 LECrim); sin embargo, no creemos que sea suficiente con la remisión al procedimiento previsto por

⁵⁴ El Consejo Fiscal, en el informe que presentó al ALECRim20, también se quejó, con razón, de que el art. 883 no regule específicamente para este supuesto «las medidas que serían aplicables ni el procedimiento y órgano competente para adoptarlas, echándose en falta una regulación detallada de estos extremos, tal y como sí se hacía en los arts. 749 y ss. del anteproyecto de 2011» (vid. p. 664 del informe) (dicho informe está disponible en <https://www.fiscal.es/documents/20142/9fe276ae-cc62-9f19-d0c3-084201d1392a>).

el art. 72, sobre todo porque, aunque en ambos casos se trata de evaluar la capacidad procesal de una persona, las medidas que se han de adoptar en uno y otro caso no tienen nada que ver. Al amparo del art. 72, el juez podrá adoptar medidas de apoyo que tienen por objeto salvaguardar el derecho de defensa del investigado en el proceso y permitirle que cuente con la ayuda de un asistente en los actos del proceso que lo requiera; en cambio, al amparo del art. 883, el juez deberá adoptar las medidas que se necesiten para asistir médicamente al discapacitado y, entre ellas, acordar determinadas medidas de seguridad cuando ello sea necesario.

E) El art. 883 señala que «en ningún caso la suspensión se extenderá a la ejecución del decomiso ni de las responsabilidades civiles impuestas en la sentencia». En este sentido, el que el ALECRim20 lo señale expresamente nos parece también un acierto.

F) El art. 883.3º ALECRim20 exige que, una vez suspendida la ejecución de la pena, se revise «anualmente» la situación de la persona condenada y su capacidad para el cumplimiento de la pena, a cuyo fin se dispondrá la realización de los reconocimientos e informes médicos que resulten necesarios. De esta forma, dicho precepto mejora lo dispuesto por el art. 60 CP que, a estos efectos, guarda silencio, sin perjuicio de que, como hemos visto, el art. 98 CP sí exige dicha revisión anual con relación, en general, a las medidas de seguridad que se hayan impuesto al condenado. Ahora bien, sería preferible que el art. 883.3º incluyera la advertencia de que dicha revisión anual no impide que la misma se pueda llevar a cabo en períodos más breves, si el órgano judicial así lo decide, teniendo en cuenta la asistencia médica que se haya de prestar al penado.

G) Por último, de forma similar a lo establecido por el art. 60.2º CP, el art. 883.4º ALECRim20 prevé qué se debe hacer en caso de que se restablezca la capacidad de la persona condenada para el cumplimiento de la pena. En estos casos, el tribunal encargado de la ejecución (no el JVP) deberá alzar la suspensión, para lo cual deberá seguir el mismo procedimiento que siguió para suspender la ejecución de la pena, es decir, el previsto por el art. 72 ALECRim20⁵⁵. Y en este procedimiento, el art. 883.4º exige expresamente la audiencia previa no sólo del Fiscal y de la persona condenada y de su abogado, sino también de las partes acusadoras. Por otra parte, el art. 883.4º ALECRim20 condiciona la decisión del tribunal encargado de la ejecución

⁵⁵ Vid. MORENO CATENA, V., «Disposiciones comunes de la ejecución penal en el Anteproyecto de LEGRIM de 2020», en JIMÉNEZ CONDE, F. y FUENTES SORIANO, O. (dirs.), *Reflexiones en torno al Anteproyecto de LEGRim de 2020*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 1559.

sobre la posible extinción o reducción de condena a «razones de equidad», es decir, siempre que lo considere más justo, sea por entender que el cumplimiento de la pena resulta innecesario o contraproducente, como exige hoy día el art. 60.2º CP, o sea por cualquier otra causa, lo cual, a pesar de conceder una excesiva discrecionalidad al órgano judicial, nos parece la decisión más correcta debido a la diversa casuística que puede surgir en la práctica⁵⁶.

2. COMPETENCIA

La competencia para acordar la suspensión de la ejecución de la pena en estos casos correspondería al «tribunal encargado de la ejecución» (vid. art. 883.2º ALECRim20), es decir, el «tribunal que hubiera dictado sentencia en primera instancia, salvo en aquellos Tribunales de Instancia en los que se haya constituido una sección de ejecución, en cuyo caso corresponderá a esta el ejercicio de dicha competencia» (vid. art. 878.1º ALECRim20). Para resolver este incidente, el tribunal competente para la ejecución de la condena se constituirá como órgano unipersonal (vid. art. 878.2º ALECRim).

Resulta, por tanto, que, en cuanto a la competencia para conocer de estos incidentes, el ALECRim20 modifica el sistema vigente, en el que, como hemos visto, es el JVP quien asume el conocimiento y la resolución de los mismos. La fijación de la competencia para conocer estos incidentes siempre ha sido una cuestión que ha suscitado polémica. Antes de la reforma del CP de 2003, la competencia se encomendaba al Juez o Tribunal sentenciador. En el ALECRim11 se mantuvo la competencia a favor de los JVP (vid. art. 773); en cambio, el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 se inclinaba por encomendar la competencia para suspender la ejecución de la pena en estos casos al «Tribunal de Ejecución» (vid. art. 699).

⁵⁶ El Consejo Fiscal, en el citado Informe al ALECRim20, señala que «la facultad que el apartado 4 de este art. 883 ALECRim otorga al tribunal una vez restablecida la capacidad de la persona condenada resulta problemática, pues supone una suerte de indulto judicial que permite, por razones de equidad, la extinción de una pena que no ha sido cumplida ni remitida ni está prescrita, o la reducción de su duración con alteración del pronunciamiento de la condena, como si se tratara de una condena indeterminada. Se podrían explorar otras opciones como la de la suspensión de la ejecución, con las obligaciones que fueran necesarias, en la línea del art. 99 CP» (vid. p. 665 del citado informe).

Por su parte, el profesor MORENO CATENA considera que lo previsto en el art. 883.4º ALECRim20 «pone en manos del tribunal una facultad completamente discrecional y seguramente exorbitante para reducir o extinguir la pena, porque no se establece parámetro normativo alguno que lo dirija y lo constriña» (MORENO CATENA, V., «Disposiciones comunes de la ejecución penal en el Anteproyecto de LECRIM de 2020», op. cit., p. 1559).

Posiblemente, la opción del ALECRim20 obedezca a la idea de que el JVP no debe tener intervención de ningún tipo cuando la pena que se suspende no sea privativa de libertad o, aun siéndolo, cuando la suspensión se produce antes del ingreso del penado en prisión. Ahora bien, aun siendo cierto lo anterior, también debemos reconocer que, cuando se trata de la suspensión de la pena privativa de libertad, una vez que el penado ha ingresado en prisión, el JVP está mucho más próximo al penado que el Juez o Tribunal sentenciador⁵⁷, y en mejores condiciones para valorar y decidir si procede suspender la ejecución de la pena por discapacidad sobrevenida. Además, no podemos olvidar los problemas que pueden surgir, y que el ALECRim20 no resuelve, a la hora de fijar la competencia cuando el penado hubiera sido condenado a varias penas por diferentes órganos jurisdiccionales. En definitiva, teniendo en cuenta lo señalado, creemos que hubiera sido preferible que, frente a lo señalado por el art. 883.2º ALECRim20, y en la línea de lo que mantienen hoy día los JVP (cfr., *supra*, apartado III), la competencia para conocer este incidente se debería encomendar a los JVP, cuando el penado hubiere ingresado ya en prisión, y al Tribunal encargado de la ejecución, cuando tal ingreso todavía no se haya producido o cuando se refiera a penas no privativas de libertad.

3. PROCEDIMIENTO

El art. 883.2º ALECRim20 se remite al procedimiento establecido en el art. 72 ALECRim20, precepto que regula el incidente para la evaluación de la capacidad procesal del investigado y para la adopción de medidas específicas de adaptación y apoyo a los investigados con discapacidad. Ahora bien, dicho precepto debemos adecuarlo al objetivo que se persigue ahora, es decir, evaluar la capacidad procesal del penado, resolviendo si su discapacidad le impide completamente comprender el sentido de la pena y, en su caso, acordando suspender la ejecución de esta, adoptando las oportunas medidas de adaptación y apoyo al penado con discapacidad.

La iniciación del incidente se producirá cuanto el tribunal encargado de la ejecución tenga conocimiento de que la persona condenada puede sufrir una discapacidad que le impide comprender el sentido de la pena que está

⁵⁷ Vid. en esta línea, VIZUETA FERNÁNDEZ, J. («El trastorno mental grave después de dictarse sentencia firme...», op. cit., pp. 8 y 9) y PEITEADO MARISCAL, P. («Ejecución de penas y medidas de seguridad privativas de libertad en el Anteproyecto de LECRIM de 2020», en JIMÉNEZ CONDE, F., y FUENTES SORIANO, O. (dirs.), *Reflexiones en torno al Anteproyecto de LECrim de 2020*, op. cit., pp. 1583-1585).

cumpliendo. Y dicho conocimiento lo puede obtener por las mismas vías que ya expusimos al tratar de la situación vigente hoy día. Lo más frecuente será que la dirección del centro penitenciario en la que el penado está cumpliendo la pena, a instancia de los servicios médicos del centro, comunique sus dudas acerca de la discapacidad del penado, dirigiéndose directamente al tribunal encargado de la ejecución, o bien a través del JVP. En estos casos, el Tribunal encargado de la ejecución podría incluso acordar, de oficio o a instancia de parte, que se lleve a cabo la «observación psiquiátrica» del condenado a efectos de poder determinar la capacidad procesal del mismo⁵⁸.

El art. 72.1º ALECRim20 se refiere, en concreto, a la posibilidad de que sea el MF quien promueva el incidente: «tan pronto como el fiscal advierta que la persona encausada (*aquí sería condenada*) se encuentra en una situación que requiera la adopción de medidas de apoyo, promoverá las que resulten precisas ante el juez o tribunal que sea competente según el estado del procedimiento (*aquí sería el tribunal encargado de la ejecución*)». «En el escrito que dirija a estos efectos a la autoridad judicial, el fiscal determinará el alcance de la posible discapacidad, las concretas medidas de apoyo que interese o la adecuación al proceso de las ya existentes, así como los medios de prueba que pretenda hacer valer para justificar su pretensión».

A continuación, el citado art. 72.1º señala que «la solicitud también podrá realizarla la persona encausada (*condenada*), que podrá comparecer con su propia defensa o representación». En consecuencia, el penado también podrá promover este incidente mediante escrito, firmado por su abogado, dirigido al tribunal encargado de la ejecución, y con un contenido similar al mencionado al hablar de la solicitud del fiscal.

«También estará legitimado su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, así como sus descendientes, ascendientes, o hermanos» (art. 72.1º ALECRim20). Incluso, creemos que también estarían legitimadas las personas que, en su caso, estuvieran ya designadas como medida de apoyo para que el justiciable desempeñe su capacidad jurídica (vid. arts. 249 y ss. CC).

En todo caso, junto con la solicitud que presenten los legitimados, y en la línea de lo dispuesto por el art. 72 con relación a la solicitud que puede pre-

⁵⁸ Vid. arts. 331 a 333 ALECRim20, preceptos que regulan la «observación psiquiátrica» del investigado como diligencia de investigación que se ha de llevar a cabo con relación al investigado que presenta síntomas de discapacidad (vid. TOMÉ GARCÍA, J.A., «Particularidades de la instrucción en el proceso penal cuando el investigado presenta indicios de enfermedad o trastorno mental...», op. cit., pp. 9-10).

sentar el Fiscal, se deben acompañar los documentos e informes médicos que justifiquen la presentación de esta, con indicación de las pruebas que se propongan para acreditar la discapacidad sobrevenida del penado y la necesidad de adoptar las medidas de apoyo que se consideren convenientes o la adecuación al proceso de las ya existentes.

Sin perjuicio de que el incidente se promueva por los legitimados, tal y como hemos indicado, consideramos que el tribunal encargado de la ejecución también podrá iniciar de oficio el incidente, ya que el ALECRim20 atribuye a dicho tribunal importantes poderes de iniciativa⁵⁹.

Recibida la solicitud, o iniciado el incidente de oficio, el tribunal encargado de la ejecución «convocará una audiencia en la que oír al promotor del incidente, a la persona condenada y al Ministerio Fiscal». «En el curso de la misma se practicarán las pruebas propuestas y admitidas, se oír a los familiares más próximos del penado con quien no tenga conflicto de intereses y se practicarán los reconocimientos periciales necesarios para adoptar una decisión fundada» (vid. art. 72.2º ALECRim20).

En consecuencia, entendemos que el tribunal encargado de la ejecución debería dictar un auto de incoación del incidente, en el que se deberá pronunciar, en su caso, sobre la admisión o no de las pruebas propuestas y, al mismo tiempo, proceder a la citación a una vista o comparecencia de aquellos que habrán de intervenir en la misma, es decir, además del promotor del incidente, el MF, la persona condenada y, como veremos a continuación, las partes acusadoras personadas en ejecución.

En relación con la necesaria audiencia de la persona condenada, debemos tener en cuenta que, con carácter general, el ALECRim20 reconoce expresamente el derecho de la persona condenada «a ser oída antes de que el tribunal adopte cualquier decisión que afecte a la forma o a las condiciones de cumplimiento de las penas o medidas de seguridad» (vid. art. 881.2º e) ALECRim20). Además, la persona condenada tiene el derecho «a ser asistida y defendida de forma efectiva e ininterrumpida por el abogado que designe

⁵⁹ Señala el art. 879.1º ALECRim20 que, «durante el procedimiento de ejecución el tribunal recabará, de oficio o a instancia de parte, toda la información que sea precisa para dictar las resoluciones que correspondan y, en todo caso, la información que sea exigida en cada supuesto por el Código Penal. A tal efecto, librará los oficios y mandamientos oportunos, acordará la emisión de informes médicos, sociales y criminológicos y ordenará la práctica de las pruebas que sean necesarias para adoptar una decisión fundada». Además, según el número 2º del art. 879, «el tribunal podrá pronunciarse sobre cualquier cuestión prevista en la ley para el trámite de ejecución, aunque no haya sido planteada por las partes, oyendo siempre a estas antes de decidir».

o por un defensor de oficio»⁶⁰, teniendo en cuenta que, «tratándose de la ejecución de condenas a penas de prisión, el derecho a la asistencia letrada es irrenunciable» (vid. art. 881.2º a) ALECRim20). En cambio, cuando se trate de la ejecución de penas que no sean de prisión, la intervención del letrado en ejecución será preceptiva o no dependiendo de si lo es en el proceso principal (vid. art. 888 ALECRim20).

En cuanto a la posible intervención en la citada audiencia de la acusación particular y de las víctimas, debemos señalar que, a pesar de que los arts. 883 y 72 no las menciona expresamente, consideramos aplicable lo dispuesto con carácter general por el art. 887 ALECRim20 y, por tanto, podrán intervenir en este incidente tanto la acusación particular que se haya personado como parte en el proceso de ejecución (aunque se hubiere personado en el proceso de declaración el ALECRim20 exige que se vuelvan a personar en ejecución), como las víctimas que, aunque no se hubieren constituido como acusación particular en el proceso principal, sí lo hubieran hecho ahora en el proceso de ejecución (vid. arts. 887 y 892 ALECRim20). En este sentido, el ALECRim20 se sitúa en la línea de la vigente LECrim que, como hemos visto (cfr., *supra*, apartado III), exige la previa audiencia de acusación particular (tal y como también preveía el art. 750.2º ALECRim de 2011)⁶¹.

En la audiencia se practicarán las pruebas propuestas y admitidas y, aunque el art. 72 ALECRim20 no lo señale expresamente, el tribunal encargado de la ejecución también deberá examinar personalmente al penado antes de

⁶⁰ Precisa el art. 881.2º a) ALECRim20 que «el juez o tribunal adoptará, de oficio o a instancia de parte, las prevenciones necesarias para garantizar a la persona condenada privada de libertad el derecho a una defensa efectiva en las mismas condiciones que a las personas libres, nombrándole abogado de oficio de no haberlo designado por sí misma y ser preceptiva su intervención. A tal efecto, asegurará la posibilidad y estricta confidencialidad de las comunicaciones telefónicas y presenciales con el abogado, el acceso de la persona privada de libertad al expediente de la ejecución y, si fuera necesario, el derecho a la asistencia de un intérprete durante la comunicación con el defensor».

⁶¹ Por el contrario, la profesora PEITEADO MARISCAL critica la amplia intervención que el art. 887 ALECRim20 concede a las acusaciones y a las víctimas: «Por supuesto que las acusaciones y las víctimas tienen derecho a ser informadas del devenir del proceso; pero su intervención como parte no sirve al interés público, al que tiene que ser prioritario en esta fase del proceso penal...» (PEITEADO MARISCAL, P., «Ejecución de penas y medidas de seguridad privativas de libertad en el Anteproyecto de LECRIM de 2020», op. cit., p. 1581). En nuestra opinión, no obstante, que el interés público sea prioritario en ejecución penal no debe ser argumento para rechazar la intervención de la acusación particular en asuntos que son de su indudable interés. Como se afirmaba en el preámbulo de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, «el Estado, como es propio de cualquier modelo liberal, conserva el monopolio absoluto sobre la ejecución de las penas, lo que no es incompatible con que se faciliten a la víctima ciertos cauces de participación...».

resolver el incidente (en este sentido se manifestaba expresamente el art. 750.3º ALECRim de 2011).

A continuación, debe concederse a las partes intervinientes en este incidente la posibilidad de formular conclusiones, valorando las pruebas practicadas y concretando y justificando su petición de que se suspenda la ejecución de la pena y se adopten las medidas procedentes.

El tribunal encargado de la ejecución dictará resolución judicial en forma de auto, decidiendo si ha sobrevenido una discapacidad en la persona condenada, si esa discapacidad le impide completamente comprender el sentido de la pena y, en su caso, si procede, por tanto, suspender la ejecución de la misma, adoptando las oportunas medidas de adaptación y apoyo al penado con discapacidad (vid. art. 72.3º ALECRim20).

Contra dicha resolución, «podrá interponerse recurso de reforma, que tendrá carácter preferente» (art. 72.4º ALECRim20). Dicho recurso se configura en el ALECRim20 como un recurso devolutivo, que no tiene efecto suspensivo⁶² y cuya resolución normalmente exige la previa celebración de una vista con audiencia de la persona privada de libertad (vid. arts. 273 y 274 ALECRim20).

Por último, debemos insistir en nuestra opinión de que, aunque el ALECRim20 guarde silencio al respecto, también ha de ser objeto de este incidente y, por tanto, el tribunal también deberá pronunciarse, en caso de que acuerde la suspensión de la ejecución de la pena, sobre si procede o no adoptar una medida de seguridad en términos similares a los previstos en el vigente art. 60 CP (cfr., *supra*, epígrafe 2 del apartado II).

VI. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *A cada lado. Informe sobre la situación de personas con discapacidad intelectual reclusas y exreclusas en España*, ARAOZ SÁNCHEZ-DOMÍNGUEZ, I. (coordinadora), Madrid, Plena Inclusión, 2020, disponible en https://www.plenainclusion.org/publicaciones/buscador/?_sf_s=a%20cada%20lad.

⁶² En el ALECRim20 el recurso de reforma es un recurso devolutivo del que conoce la sección de reforma de cada Tribunal de Instancia y la de la Audiencia Nacional (vid. arts. 717 a 720 ALECRim20). Sobre este recurso de reforma nos remitimos al trabajo del profesor CHOZAS ALONSO, J.M., «La regulación de los recursos en el Anteproyecto de LECrim de 2020. Disposiciones generales. Recursos contra las resoluciones del letrado de la Administración de Justicia y los recursos contra autos», en JIMÉNEZ CONDE, F., y FUENTES SORIANO, O. (dirs.), *Reflexiones en torno al Anteproyecto de LECrim de 2020*, op. cit., pp. 1273-1274.

- AA.VV., *Conclusiones vigentes sistematizadas de Encuentros de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria 2011-2023*, disponible en <https://00ffb77f48.clvaw-cdnwnd.com/fca42b96186095c638c6034f9b4e34af/200001457-e72aee72b0/conclusiones%20fiscales%202011%20A%202023.pdf?ph=00ffb77f48>.
- AA.VV., *Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus XXXI reuniones celebradas entre 1981 y 2023 (Texto actualizado a octubre de 2023, Granada)*, disponible en <https://00ffb77f48.clvaw-cdnwnd.com/fca42b96186095c638c6034f9b4e34af/200001536-ad600ad603/CRITERIOS%20%20GRANADA%202023.pdf?ph=00ffb77f48>.
- AA.VV., *Libro Blanco sobre la atención sanitaria a las personas con Trastornos Mentales Graves en los centros penitenciarios de España, Sociedad Española de Psiquiatría Legal (2023)*, disponible en <https://www.psiquiatricalegal.org/libroblanco2023>.
- BERMÚDEZ REQUENA, J. M., «El incidente de evaluación de la falta de capacidad del sujeto pasivo en el proceso penal», en I. FLORES PRADA, *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal. Estudios sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, pp. 119 y ss.
- CARBONELL MATEU, J. C., GÓMEZ COLOMER, J.L. y MENGUAL I LULL, J. B., *Enfermedad mental y delito. Aspectos psiquiátricos, penales y procesales*, Madrid, Civitas, 1987.
- CHOZAS ALONSO, J.M., «La regulación de los recursos en el Anteproyecto de LECrim de 2020. Disposiciones generales. Recursos contra las resoluciones del letrado de la Administración de Justicia y los recursos contra autos», en JIMÉNEZ CONDE, F., y FUENTES SORIANO, O. (dirs.), *Reflexiones en torno al Anteproyecto de LECrim de 2020*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 1255 y ss.
- CONSEJO FISCAL, Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal (Anteproyecto aprobado por el Consejo de Ministros en fecha 24 de noviembre de 2020), 7 de julio de 2021, disponible en <https://www.fiscal.es/documents/20142/9fe276ae-cc62-9f19-d0c3-084201d1392a>.
- DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe sobre las personas con discapacidad intelectual en prisión* (separata del volumen II del informe anual de 2018, Madrid, 2019), disponible en file:///C:/Users/user/Desktop/Separata_discapacidad_en_prision.pdf.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, I., «Sistema de ejecución penal y personas con anomalía psíquica», en FLORES PRADA, I. (dir.), *Trastornos mentales y justicia penal. Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 447 y ss.
- FERNÁNDEZ SOTO, J. L., «La ejecución en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020», *Diario La Ley*, N° 9826, 9 de abril de 2021.
- FERRER GUTIÉRREZ, A., *Manual práctico sobre ejecución penal y derecho penitenciario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- FLORES PRADA, I., «Derechos fundamentales y garantías del investigado con trastorno mental en el moderno sistema de justicia penal», en FLORES PRADA, I. (dir.),

Derechos y garantías del investigado con trastorno mental en la Justicia penal, edita el Proyecto de Investigación I+D Trastornos Mentales y Justicia Penal (DER2014-53816-P), 2016, pp. 14 y ss., disponible en <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/06/doctrina46702.pdf>.

- GARCÍA SAN MARTÍN, J., *Las medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad. Adaptado a las reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015*, Madrid, Dykinson, 2015.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa para un nuevo régimen penal aplicable a las personas con enfermedad mental o con discapacidad intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, disponible en <https://politica-criminal.es/una-propuesta-alternativa-para-un-nuevo-regimen-penal-aplicable-a-las-personas-con-enfermedad-mental-o-discapacidad-intelectual>.
- JAÉN MORENO, M.J. Y MORENO DÍAZ, M.J., «Trastorno mental y capacidad para entender el significado del proceso penal y de la pena. Criterios médicos periciales», en FLORES PRADA, I. (dir.), *Trastornos mentales y justicia penal. Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 137 y ss.
- JIMENO BULNES, N., «La falta de capacidad procesal para comprender el significado de la pena en el ALECRIM de 2020. Análisis desde la psiquiatría forense», en FLORES PRADA, I. (dir.), *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal (Estudios sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, pp. 265 y ss.
- MORENO CATENA, V., «Disposiciones comunes de la ejecución penal en el Anteproyecto de LECRIM de 2020», en JIMÉNEZ CONDE, F., y FUENTES SORIANO, O. (dirs.), *Reflexiones en torno al Anteproyecto de LECrim de 2020*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 1547 y ss.
- NAVARRO VILLANUEVA, C., *Ejecución de pena privativa de libertad*, Portugal, edit. Juruá, 2019.
- PEITEADO MARISCAL, P., «Ejecución de penas y medidas de seguridad privativas de libertad en el Anteproyecto de LECRIM de 2020», en JIMÉNEZ CONDE, F. y FUENTES SORIANO, O. (dirs.) *Reflexiones en torno al Anteproyecto de LECrim de 2020*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 1569 y ss.
- PUENTE SEGURA, L., *Suspensión y sustitución de las penas*, Madrid, edit. La Ley, 2009.
- SÁEZ MALCEDIÑO, E., «Las medidas de seguridad penales: en especial, la anudadura a la interrupción de la condena por inimputabilidad sobrevenida del penado», *Diario La Ley*, núm. 9374 (1979).
- SÁEZ MALCEDIÑO, E., «La falta de capacidad procesal para comprender el significado de la pena en el ALECRIM de 2020. Perspectiva jurídica», en FLORES PRADA, I. (dir.), *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal (Estudios sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, pp. 235 y ss.

- TOMÉ GARCÍA, J.A., «Particularidades de la instrucción en el proceso penal cuando el investigado presenta indicios de enfermedad o trastorno mental (LECrím y Anteproyecto de 2020)» *Revista La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 151 (2021).
- TOMÉ GARCÍA, J.A., «Particularidades que muestran las medidas cautelares personales cuando el investigado presenta indicios de enfermedad o trastorno mental (LECrím y Anteproyecto de 2020: especial referencia al internamiento en centro psiquiátrico)». *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, vol. 25, núm. 2, 2022 (publicado en diciembre 2023).
- VEGAS AGUILAR, J.C. y HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, F.E., «La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 18 (2015).
- VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «El trastorno mental grave apreciado después de dictarse sentencia firme. El art. 60 del CP», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (2007), disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-04.pdf>.

EL PROCEDIMIENTO ANTE EL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA*

The procedure before the penitentiary surveillance judge

FLORENCIO DE MARCOS MADRUGA

Doctor en derecho, Magistrado

Profesor Asociado de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid

florencio.marcos@uva.es

ORCID 0000-0001-6579-0750

SUMARIO: I. EL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA: UN JUEZ SIN NORMA DE PROCEDIMIENTO. II. LA CONFIGURACIÓN DUAL DE LA ACTUACIÓN DEL JUEZ DE VIGILANCIA. III. LA ESPECIAL POSICIÓN DESFAVORABLE DE LOS INTERNOS EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS. IV. LA DELIMITACIÓN DE LA COMPETENCIA. 1. Conflictos con la Administración. 2. Conflictos con los órganos sentenciadores. 3. Competencia territorial. 4. Especial configuración de las atribuciones del Juzgado Central de Vigilancia. V. LEGITIMACIÓN Y POSTULACIÓN. VI. LA PROBLEMÁTICA DEL CUESTIONAMIENTO DE LAS DECISIONES DE LA ADMINISTRACIÓN: NOMENCLATURA Y PLAZO DE EJERCICIO DEL DERECHO DE IMPUGNACIÓN. VII. PROCEDIMIENTO ANTE EL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA. VIII. EFECTO DE COSA JUZGADA DE LAS RESOLUCIONES DEL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA. IX. LOS RECURSOS FRENTE A LA ACTUACIÓN DEL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA. 1. Introducción. 2. Recurso de reforma. 3. Recurso de apelación. 4. Recurso de casación en unificación de doctrina. X. CONCLUSIÓN. XI. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: La creación del juez de vigilancia penitenciaria no viene acompañada de una norma de procedimiento, lo cual da lugar a que haya que recurrir a los principios generales del derecho para suplir tal falta. Esta situación da lugar a numerosos problemas en la práctica, tales como la delimitación de la competencia, la fijación del plazo de interposición de los recursos, incluso en la determinación del órgano judicial que ha de resolver los recursos. El presente trabajo, además de exponer los problemas existentes, muestra las posibles soluciones.

Palabras clave: Juez de vigilancia penitenciaria, procedimiento, plazo, competencia, recursos, cosa juzgada, internos, derechos fundamentales.

* Este artículo es resultado del Proyecto de investigación concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación titulado: “Proceso penal y Unión Europea. Análisis y propuestas” —PID2020-116848GB-100—, de cuyo equipo de trabajo forma parte el autor.

Abstract: The creation of the penitentiary surveillance judge is not accompanied by a procedural norm, which leads to the need to resort to general principles of law to supplement such a lack. This situation gives rise to numerous problems in practice, such as the delimitation of competence, the setting of the deadline for filing appeals, and even in determining the judicial body that must resolve the appeals. This work, in addition to exposing the existing problems, shows the possible solutions.

Keywords: Penitentiary surveillance judge, procedure, deadline, jurisdiction, appeals, res judicata, inmates, fundamental rights.

Abreviaturas

ATS	Auto del Tribunal Supremo
CP	Código Penal
DA	Disposición Adicional
DT	Disposición Transitoria
LCRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
RP	Reglamento Penitenciario
SGIP	Secretaría General de Instituciones Penitenciarias
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCJ	Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción
STDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

NOTA: Las resoluciones judiciales no referenciadas con el ROJ/ECLI no están recogidas en la base de datos del CENDOJ.

I. EL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA: UN JUEZ SIN NORMA DE PROCEDIMIENTO

Aunque parezca algo natural que la existencia de un órgano jurisdiccional esté ligada a unos procedimientos de actuación recogidos en la ley, sin embargo, en nuestro ordenamiento, hay un caso que se aparta de tan elemental principio, el del juez de vigilancia penitenciaria, que nace con motivo de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, *General Penitenciaria*, y que, hoy en día, sigue sin una norma de procedimiento.

En una buena técnica legislativa, bien en la propia norma antes citada o en paralelo a la elaboración de aquella, mediante una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o bien en un texto autónomo, debería haberse establecido una regulación de los aspectos procesales de la nueva figura, pero nada más lejos de la realidad.

La ley penitenciaria, en su art. 78, se limita a recoger una mera remisión a las leyes correspondientes en lo que respecta a las cuestiones orgánicas y procedimientos de actuación, por un lado, y una referencia al lugar de residencia de tales órganos, por otro; mención, esta última, que no tiene mucho sentido en tal texto¹.

El Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, *por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario*, primer desarrollo de tal rango de la Ley de 1979 bajo la habilitación de su DF 2ª, recoge en la DT 5ª que, en tanto no se promulgaran las normas orgánicas y procesales que desarrollaran la intervención del Juez de Vigilancia, “las Autoridades Judiciales a quienes atribuya aquella condición el Consejo General del Poder Judicial, se atenderán a los artículos 526, 985, 987, 990 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. Remisión que se completa con un deber de cooperación con el nuevo órgano al fijar que “los diversos Organismos de la Administración Penitenciaria, en sus respectivos casos, se relacionarán con dichas Autoridades a efectos de elevación de expedientes y colaboración en cuantos asuntos sean legalmente de su competencia”.

En 1979 la norma de referencia del sistema judicial era Ley Provisional de 15 de septiembre de 1870, *sobre organización del Poder Judicial*, la cual estuvo en vigor hasta la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial*, por lo cual el Consejo General del Poder Judicial se vio abocado a abordar con los medios existentes la nueva situación que se planteaba. En julio de 1981, con efectos de primero de octubre de ese año, se atribuye la condición, de juez de vigilancia a los titulares de diecisiete Juzgados pre-existentes².

¹ Este párrafo segundo trae causa en la Enmienda núm. 65 presentada por el Grupo Parlamentario, Minoría Catalana, la cual es acogida con unas meras modificaciones terminológicas.

² Tal decisión se adopta en el Acuerdo de 9 de julio de 1981, del Consejo General del Poder Judicial, *por el que se atribuye la función de Juez de Vigilancia Penitenciaria a determinadas autoridades judiciales* y Acuerdo de 22 de julio de 1981, del Consejo General del Poder Judicial, *por el que se determina la fecha de entrada en funcionamiento de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, con referencia a doce hasta entonces juzgados de peligrosidad social, que pasan a compaginar su labor con la de vigilancia, uno de ellos con exclusividad, y otros cinco de primera instancia e instrucción.

La LOPJ de 1985 dedicará dos preceptos al juez de vigilancia penitenciaria, los arts. 94 y 95, el primero de los cuales, en consonancia con el art. 76 LOGP, le atribuye la función de salvaguarda de los derechos de los internos y la corrección de los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse, de ahí que pueda decirse que “constituyen una pieza clave del sistema penitenciario para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los internos y que, por ello, debe garantizarse y exigirse la actuación de estos órganos judiciales especializados”³.

La introducción en nuestro ordenamiento del juez de vigilancia es, sin duda una de las grandes aportaciones de la ley penitenciaria⁴, consecuencia directa de la independencia del Poder Judicial en un Estado de Derecho y del reconocimiento expreso de los derechos del interno y del establecimiento de garantías adecuadas para su respeto y protección⁵; cumpliéndose así uno de los postulados de la Constitución, según el cual corresponde a los jueces y tribunales la misión de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.⁶

Si bien en lo orgánico se dio una respuesta para hacer efectiva la realidad de la nueva figura judicial, la ausencia de norma procesal se entendió que no era impedimento para la puesta en marcha del juez de vigilancia penitenciaria. En ese entorno se dictan las *Previsiones de la Presidencia del Tribunal Supremo*, de 8 de octubre de 1981, al amparo de lo dispuesto en el art. 5 de la entonces vigente entonces *Ley Provisional de 1870, que remite para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales* a la aplicación de los principios generales del Derecho Procesal. Disposición que se complementa, por lo que a las funciones del Ministerio Fiscal se refiere, con la Consulta 2/1981 de la Fiscalía General del Estado y con la Circular de la Dirección General de

Este Acuerdo se complementa con otro de 28 de septiembre de 1981 *sobre personal colaborador y auxiliar de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, en el cual se asigna la cualidad de personal colaborador y auxiliar en las funciones de vigilancia al Secretario y Funcionarios al servicio de la Administración de Justicia destinados en los juzgados antes referidos.

³ STC 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2).

⁴ GARCÍA VALDÉS, C. “«Que cuarenta años no es nada»: Derecho Penitenciario español, antecedentes y Ley General Penitenciaria”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019, pp. 24-35.

⁵ BUENO ARÚS, F. “Estudio Preliminar”. *La reforma penitenciaria española: textos y materiales para su estudio*, Madrid 1981, p. 41.

⁶ CANO MATA, A. “La actividad administrativa penitenciaria y su fiscalización por el Juez de vigilancia”, *Revista de Administración Pública*, nº 95, 1981, pp. 158-160.

Instituciones Penitenciarias de 17 de noviembre de 1981, en este caso con relación al funcionamiento de los centros penitenciarios⁷.

La LOPJ, dedica la DA 5ª LOPJ, precepto de confusa y equívoca redacción, a la regulación de los instrumentos impugnatorios, los recursos frente a las resoluciones del juez de vigilancia penitenciaria, sin que se vaya más allá en lo procedimental.

La precaria situación, en función de este vacío, pone de manifiesto MARTÍN DIZ⁸, ha sido cubierta, primeramente, con los preceptos constitucionales de referencia —arts. 24, 25 y 120 CE— y, a posteriori, con carácter de interinidad, por remisiones a preceptos aislados de la LCRIM —arts. 526. 985, 987 y 990 LCRIM—, de la LOPJ —arts. 94, 95 y DA 5ª LOPJ—, a los principios general del Derecho Procesal.

Como complemento, va a ser la práctica forense la que va a llenar la laguna existente, que ha sido incluso calificada como “auténtica fuente del Derecho”; mención en la que se encuadran los criterios unificadores de actuación aprobados en las regulares *Reuniones de los jueces de vigilancia* auspiciadas por el Consejo General del Poder Judicial que vienen celebrándose desde abril de 1982 a la actualidad⁹. De modo que incluso se hay llegado a afirmar que esta falta de normativa procesal ha dado lugar a que los propios jueces de vigilancia penitenciaria se conviertan en Poder Legislativo cuando año tras año actualizan tales *Criterios*¹⁰.

Desde la perspectiva de *lege ferenda*, han de citarse dos textos. El primero, el *Proyecto* nonato de Ley Orgánica del Poder Judicial de 1980, el cual dedicaba al juez de vigilancia los arts. 104 a 107 si bien en ellos tan solo se abordaban aspectos relacionados con su ubicación territorial y unas líneas básicas sobre el diseño de su procedimiento¹¹.

Tampoco corrió mejor suerte el malogrado *Proyecto de Ley Orgánica reguladora del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria*¹²,

⁷ TÉLLEZ AGUILERA, A. “La necesaria reforma de la Ley Penitenciaria”, *Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*, nº 22, Madrid 2006, p. 392; TÉLLEZ AGUILERA, A. “El control jurisdiccional en el Derecho Penitenciario español”. *Congrés Penitenciari Internacional: La funció social de la política penitenciària*, Barcelona 2006, pp. 93-94.

⁸ MARTÍN DIZ, F. *El juez de vigilancia penitenciaria: garante de los derechos de los reclusos*, Granada. 2002, p. 225.

⁹ TÉLLEZ AGUILERA, A. “El control jurisdiccional... op. cit., pp.102-102.

¹⁰ ORTIZ GONZÁLEZ, A.L. “La tarea del juez de vigilancia penitenciaria”. *Crítica*, 2011.

¹¹ TÉLLEZ AGUILERA, A. “La necesaria reforma... op. cit., p. 392.

¹² Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 29 de abril de 1997.

texto este preciso y completo, que no pasó de los primeros pasos del *iter* parlamentario.

II. LA CONFIGURACIÓN DUAL DE LA ACTUACIÓN DEL JUEZ DE VIGILANCIA

La actividad del juez de vigilancia penitenciaria se proyecta sobre dos grandes aspectos de la condena, por un lado, sobre su ejecución, la dimensión jurídica de aquella, y, por otro, sobre su cumplimiento, la forma material en la cual se lleva a efecto.

Se trata, con ello, de hacer realidad el mandato del art. 117 CE cuando se proclama que el contenido de la función jurisdiccional no se agota con la labor de juzgar, antes bien comprende la de ejecutar lo juzgado, con lo cual no cabe desentenderse de este segundo momento y dejarlo a merced de la Administración¹³.

La intervención judicial en la primera faceta implica reconocer que las penas van más allá de su nomenclatura, que su contenido conecta con la proporcionalidad entre la pena y la culpabilidad del delincuente, que son más que un elemento cuantitativo y que su contenido depende sobre todo de la individualización penal, adaptando al penado a las múltiples posibilidades que conforme a la legislación penitenciaria puede adoptar la privación de libertad, lo cual puede afectar, en gran medida, tanto a la severidad de la pena y sus condiciones, como a la misma duración de la privación de libertad, de modo que del momento penitenciario van a depender el contenido y la extensión de la pena realmente impuesta. La pena experimenta modificaciones en la fase de ejecución que afectan al real contenido de la privación de libertad más allá de su fijación en la fase declarativa, individualización que en el ámbito penitenciario se traduce en la aplicación de diferentes regímenes de vida, beneficios penitenciarios, cuando no la libertad condicional. Tanto formal, como materialmente, las normas penitenciarias complementan el contenido de la pena y su determinación, tanto en lo cuantitativo, duración efectiva, como en lo cualitativo, intensidad o modo de realización. En

¹³ Los AATS de 22 de julio de 2020 (ROJ: ATS 5672/2020 - ECLI:ES:TS:2020:5672A) y de 4 de diciembre de 2020 (ROJ: ATS 1141/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1141A) (*asunto Procés*) son un claro ejemplo de la defensa de la condena, en este caso por el sentenciador.

este proceso la sanción privativa de libertad va adquiriendo los contornos efectivos que el penado va a percibir¹⁴.

En esta faceta juez de vigilancia penitenciaria, primeramente, y sentenciador, en vía de recurso, van a participar en momentos claves definitivos del contenido aflictivo de la sanción penal, sirva de ejemplo la aprobación de la libertad condicional (art. 90 CP), la resolución de los recursos en materia clasificatoria (art. 76.2 f) y todos aquellos momentos que se recogen bajo el término *ejecución*¹⁵.

Control judicial de esta fase procesal que no se ha asumido con todas sus consecuencias, pues aspectos centrales de la realización de la pena siguen escapando del ámbito jurisdiccional, del control del juez de vigilancia penitenciaria, quedando nuestro modelo corto frente a otros, caso del *guidice di sorveglianza*, que tiene un relevante papel en la aprobación de los programas de tratamiento y la materialización de la semilibertad, aspectos que en nuestro caso quedan fuera de la labor judicial¹⁶.

Más allá de las atribuciones en materia de ejecución, la actividad del juez de vigilancia se proyecta sobre el cumplimiento,¹⁷ el modo en el cual se

¹⁴ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “Naturaleza de la Jurisdicción de Vigilancia: Aspectos procesales y administrativos”. *Revista de Estudios Penitenciarios*, extra 1, 1989, p. 118; MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed. Barcelona, 2008, pp. 739, 744 y 749; MATA Y MARTÍN, R.M. *Fundamentos del Sistema Penitenciario*, Madrid, 2016, pp. 97-99 y pp. 204-205; MATA Y MARTÍN, R.M. “Tercer grado. ¿sin clasificación?, ¿sin reinserción?, ¿sin ley? La ejecución penal sin ingreso en centro penitenciario”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LXXV, 2022, p. 63; MATA Y MARTÍN, R.M. “La pena y su ejecución: la integración del Derecho Penitenciario en el sistema penal”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol.145, año 26, São Paulo, julio, 2018, pp. 385-386 y 389.

¹⁵ Es el caso de la intervención del juez de vigilancia penitenciaria en la aprobación del Plan de cumplimiento de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad y, en su caso la declaración de incumplimiento; la aprobación de los beneficios penitenciarios; las propuestas en las medidas de seguridad; la sustitución de la pena por una medida en el caso de la enajenación mental de apreciación sobrevenida del art. 60 CP; o el abono de la prisión preventiva en causa distinta.

¹⁶ MARCOS MADRUGA, F. de. *El juez de vigilancia penitenciaria y su marco competencial específico. Una guía de actuación ante los juzgados de vigilancia penitenciaria*. Navarra, 2023, pp. 123-124.

¹⁷ La calificación como ejecución o cumplimiento de los diversos aspectos de la actividad penitenciaria no es siempre sencilla. Materias como la clasificación, el régimen de flexibilidad *ex art.* 100.2 RP o el control telemático del tercer grado, art. 86.4 RP, su encuadre en una u otra área, ha tenido que ser resuelta por el Tribunal Supremo, que se ha decantado por considerar que tales cuestiones se enmarcan en el ámbito de la ejecución de penas —sobre clasificación se pronuncia el Acuerdo del Pleno de la Sala lo Penal del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2002; la STS 671/2002, de 9 de julio (ROJ: STS 5111/2002 - ECLI:ES:TS:2002:5111); y el ATS de 8 de septiembre de 2021 (ROJ: ATS 10922/2021 - ECLI:ES:TS:2021:10922A). Sobre la aplicación del régimen de flexibilidad los AATS de 22 de julio de 2020 (ROJ: ATS 5672/2020 - ECLI:ES:TS:2020:5672A) y de 4 de diciembre de 2020 (ROJ: ATS 1141/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1141A) (*asunto Procés*). Y con relación al control telemático del tercer grado, hay que citar los AATS de 25 de mayo de

lleva a efecto la privación de libertad; campo este donde mejor se exterioriza la afirmación de que las peculiaridades del internamiento en un centro penitenciario no pueden implicar que “*la justicia se detenga en la puerta de las prisiones*” —enunciado tomado de la STEDH de 28 de junio de 1984, *asunto Campbell y Fell c. Reino Unido* (TEDH 1984\9), que luego es usado con cierta asiduidad por el Tribunal Constitucional—¹⁸.

La función de garantía de los derechos de los internos, incardinada en el cumplimiento de la pena privativa de libertad, es la razón de ser del juez de vigilancia penitenciaria¹⁹, realización práctica de la exigencia de la normativa internacional en orden a la implantación de mecanismos independientes de control de la actividad carcelaria²⁰, siendo la protección de los derechos humanos, como pilar de la ejecución penitenciaria, exigencia del cumplimiento de legalidad y seguridad jurídica en cualquier restricción o limitación de aquellos como garantía para evitar decisiones arbitrarias o excesivamente discrecionales²¹.

Se convierte así esta figura en el mecanismo legal por excelencia de tutela de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, siendo éste su ámbito más propio de actuación; no es solo que se “haya creado un procedimiento especial de tutela en este sector de la población tan sensible, antes bien se ha constituido un órgano jurisdiccional específico cuya tarea esencial, sin perjuicio de otras atribuciones competenciales, toma como eje y razón de ser la salvaguarda del núcleo básico de los derechos constitu-

2021(ROJ: ATS 7228/2021 - ECLI:ES:TS:2021:7228A); y de 8 de septiembre de 2021 (ROJ: ATS 10922/2021 - ECLI:ES:TS:2021:10922A).

¹⁸ Sirvan de ejemplo las SSTC 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2); 297/1993, de 18 de octubre (ROJ: STC 297/1993 - ECLI:ES:TC:1993:297); 97/1995, de 20 de junio (ROJ: STC 97/1995 - ECLI:ES:TC:1995:97); y 39/1997, de 7 de febrero (ROJ: STC 39/1997 - ECLI:ES:TC:1997:39); entre otras.

¹⁹ BUENO ARÚS, F. “El Juez de Vigilancia Penitenciaria y los derechos de los penados”. *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. nº 4, 1987.

²⁰ *Regla 56.2*, Resolución 73-5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 19 de enero de 1973 y la *Regla 5*, Recomendación R (87) 3 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, adoptada por la Comisión de Ministros de 12 de febrero de 1987, durante la 404ª Reunión de los Delegados de los Ministros: “El respeto de los derechos individuales de los reclusos, en particular la legalidad de la ejecución de las penas, deberá estar asegurada por un control ejercido conforme a la reglamentación nacional por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad legalmente habilitada para visitar a los reclusos y no perteneciente a la Administración penitenciaria”.

²¹ CERVELLÓ DONDERIS, V. “Individualización garantista en el ejercicio de la discrecionalidad penitenciaria”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019, p. 219.

cionalmente reconocidos a la población reclusa²², posición reiteradamente recordada y reconocida por la Jurisprudencia constitucional²³.

La supervisión por el juez de vigilancia penitenciaria de los actos de la Administración restrictivos de derechos se articula por dos vías²⁴.

Por un lado, el mecanismo de las daciones de cuenta al juez de vigilancia penitenciaria, siendo numerosos los supuestos en los cuales se recoge en la ley y Reglamento esa obligación. Puesta en conocimiento que da lugar a un auténtico deber de pronunciamiento por parte de la autoridad judicial, ratificando o revocando, no una mera postura pasiva.²⁵

Junto a aquel, las quejas que puede formular el interno, que de forma genérica se recogen el art. 76.2 g LOGP, que toman como referencia los derechos fundamentales y los derechos y beneficios penitenciario, en materia de régimen o tratamiento; y siempre y cuando no exista en la legislación otro mecanismo específico al efecto²⁶.

III. LA ESPECIAL POSICIÓN DESFAVORABLE DE LOS INTERNOS EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS

Siendo un hecho fácilmente contrastable la situación especialmente onerosa que la privación de libertad produce en orden a la defensa y ejercicio de los derechos, tanto por las restricciones propias inherentes a tal situa-

²² MARCOS MADRUGA, F. de. *El juez de vigilancia penitenciaria...* op. cit., p. 153.

²³ Son numerosas las sentencias que reconocen esta posición del juez de vigilancia penitenciaria, sirva de ejemplo las SSTC 73/1983, de 30 de julio (ROJ: STC 73/1983 - ECLI:ES:TC:1983:73); 2/1987, de 21 de enero (ROJ: STC 2/1987 - ECLI:ES:TC:1987:2); 143/1993, de 26 de abril (ROJ: STC 143/1993 - ECLI:ES:TC:1993:143); 147/1997, de 16 de septiembre (ROJ: STC 147/1997 - ECLI:ES:TC:1997:147); 215/2007, de 8 de octubre (ROJ: STC 215/2007 - ECLI:ES:TC:2007:215); y 14/2011, de 28 de febrero (ROJ: STC 14/2011 - ECLI:ES:TC:2011:14).

²⁴ Este mecanismo dual de control puede dar lugar a disfunciones prácticas, pues no se ha previsto la eventualidad de que el interno y la Administración, cada uno con sus tiempos, planteen una misma cuestión, lo cual, de no coordinarse adecuadamente por el órgano jurisdiccional puede dar lugar a disfunciones.

²⁵ Esta obligación de la autoridad judicial penitenciaria de resolver, ratificando o revocando la decisión administrativa, ante la recepción de comunicaciones de actos restrictivos de derechos se recoge, entre otras en las SSTC 129/1995, de 11 de septiembre (ROJ: STC 129/1995 - ECLI:ES:TC:1995:129); 170/1996, de 29 de octubre (ROJ: STC 170/1996 - ECLI:ES:TC:1996:170); 128/1997, de 14 de julio (ROJ: STC 128/1997 - ECLI:ES:TC:1997:128); 175/1997, de 27 de octubre (ROJ: STC 175/1997 - ECLI:ES:TC:1997:175); 200/1997, de 24 de noviembre (ROJ: STC 200/1997 - ECLI:ES:TC:1997:200); y 194/2002, de 28 de octubre (ROJ: STC 194/2002 - ECLI:ES:TC:2002:194).

²⁶ Sirva de ejemplo la materia de la asignación de centro de cumplimiento, STCJ 1/2020, de 12 de febrero.

ción, como por las propias circunstancias de exclusión y vulnerabilidad del colectivo preso, ello se traduce —o debe conducir— a una interpretación facilitadora de la efectividad de aquellos.

Este planteamiento subyace en la STEDH de 11 de octubre de 2016, *asunto Cano Moya c. España* (TEDH 2016\95)²⁷ y está presente, del propio modo, en pronunciamientos del Tribunal Constitucional relativos a aspectos tales como la presentación de escritos²⁸, acceso a la información²⁹ o ausencia de formalismos³⁰.

No obstante, tal planteamiento no ha alcanzado a otros aspectos íntimamente ligados con el derecho de defensa, como lo es la asistencia letrada, que se circunscribe a los estrictos términos de la ley, no contemplándose especialidad alguna al respecto por razón de las particulares circunstancias de la población penitenciaria³¹.

²⁷ Se cuestiona en este asunto la actuación de un juzgado de vigilancia penitenciaria que habría denegado copia del expediente seguido ante él en materia disciplinaria para incorporarlo a la denuncia que el recurrente quería interponer ante el TEDH, siendo la razón de tal decisión la facultad que aquel órgano tendría de solicitar dicho expediente si lo considera necesario. El TEDH, entienden que se ha vulnerado el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la medida en que se recoge la obligación de no poner traba alguna al ejercicio eficaz del derecho de petición individual en virtud del art. 34 de la Convención. El tribunal se habría pronunciado ya sobre situaciones que pudieran entenderse como forma de obstaculizar el derecho de petición individual, debiéndose examinar la negativa a la luz de las circunstancias del caso y sus implicaciones prácticas para los derechos del solicitante. El deber de proporcionar a los solicitantes las copias de todos los documentos deseados se agudizaría en los casos en los que el peticionario se encuentre en una situación de especial vulnerabilidad y dependencia, la cual condiciona o hace imposible la posibilidad de obtener los documentos que necesita de otra manera.

²⁸ Los escritos presentados por los internos ante el director de un establecimiento penitenciario, en cuanto que representante de un poder público, han de entenderse como presentados ante la autoridad a la que se dirigen, tal y como señalan las SSTC 29/1981, de 24 de julio (ROJ: STC 29/1981 - ECLI:ES:TC:1981:29); 1/2007, de 15 de enero (ROJ: STC 1/2007 - ECLI:ES:TC:2007:1); y 125/2010, de 29 de noviembre (ROJ: STC 125/2010 - ECLI:ES:TC:2010:125). La STC 11/2003, de 27 de enero (ROJ: STC 11/2003 - ECLI:ES:TC:2003:11), por su parte, considera que la presentación de un recurso de apelación en plazo ante la Administración penitenciaria sin firma del letrado, es un defecto subsanable, especialmente en el caso de las personas privadas de libertad.

²⁹ La STC 164/2021, de 4 de octubre (ROJ: STC 164/2021 - ECLI:ES:TC:2021:164) reconoce la especial tutela exigible por parte de los tribunales con relación a las personas privadas de libertad que tratan de acceder a una documentación o información que solo le puede ser proporcionada por la Administración, singularmente cuando su objetivo es confrontar los argumentos de las decisiones de aquella.

³⁰ La STC 221/2006, de 3 de julio (ROJ: STC 221/2006 - ECLI:ES:TC:2006:221), incide en que no puede exigirse al recurrente que se ajuste a las formalidades propias del lenguaje técnico-jurídico, debiéndose entender por formulada la impugnación siempre que resulte clara del escrito tal voluntad.

³¹ Las SSTC 229/1993, de 12 de julio (ROJ: STC 229/1993 - ECLI:ES:TC:1993:229), y 42/2008, de 10 de marzo (ROJ: STC 42/2008 - ECLI:ES:TC:2008:42), dictadas en materia disciplinaria, no

IV. LA DELIMITACIÓN DE LA COMPETENCIA

La introducción de esta figura judicial en el ordenamiento, con competencias en la ejecución de la condena y de control de la Administración penitenciaria va a venir acompañada de relevantes problemas competenciales en múltiples frentes, no solo en la determinación de qué juez es territorialmente competente, antes bien en las zonas de conflictos con los órganos judiciales de otra naturaleza e incluso con la Administración penitenciaria.

1. CONFLICTOS CON LA ADMINISTRACIÓN

El juez de vigilancia penitenciaria, en la medida en que es un operador que cumple, entre otras, la misión de salvaguarda de los derechos de las personas privadas de libertad y control de las actuaciones de la Administración penitenciaria, corre el riesgo de inmiscuirse en las atribuciones propias de esta última.

Este peligro es algo que no es nuevo. Ya en 1956, BELEZA DOS SANTOS³² afirmaba con motivo de la creación de los *Tribunais de execução das penas*, que el ambiente entre aquellos y la Administración había sido de colaboración, pero que temía que aquel deviniera envenenado si el tribunal viniese a tomar partido en las divergencias entre la dirección y los reclusos o interviniese de cualquier otro modo en la vida interior del establecimiento, porque si ahora los directores aceptan bien las sugerencias del tribunal sobre algún preso, hecha, por otra parte, con el máximo respeto a la autonomía de la Administración, aquellas serían tal vez recibidas de mal grado si llegaran como órdenes.

contemplan particularidad alguna en cuanto a la posibilidad de articular una defensa letrada, de forma que entienden que no hay vulneración de derechos por no designar abogado de oficio en una materia en la cual no está contemplada en la DA 5ª LOPJ.

Pero especialmente llamativa es la STC 233/1998, de 1 de diciembre (ROJ: STC 233/1998 - ECLI:ES:TC:1998:233), que excluye la eventual vulneración del derecho de defensa por la admisión de un recurso de apelación sin firma de letrado, ni solicitud de designación de oficio, contraviéndose lo dispuesto en la DA 5ª LOPJ, por una ausencia de lesión material de aquel, pues se entendería que el Ministerio Fiscal habría apoyado con similares argumentos la pretensión del interno, no resultando además de las propias argumentaciones de aquel una autodefensa incapaz de plantear correctamente las cuestiones fácticas y jurídicas objeto de la pretensión; a lo cual se añade que “por su objeto —impugnación de la decisión administrativa de clasificación penitenciaria— se trata de un proceso donde el asesoramiento técnico se muestre imprescindible para la defensa de los legítimos intereses del demandante”. La materia clasificatoria es aquella sobre la cual pivota el sistema de individualización científica, por lo cual el aserto transcrito causa cierta sorpresa.

³² BELEZA DOS SANTOS, J. “El Juez de ejecución de las penas en Portugal”. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*. mayo-junio, 1956, n° 122, p. 311.

Autores tales como CUELLO CALÓN³³, GARCÍA VALDÉS³⁴, BUENO ARÚS³⁵, MANZANARES SAMANIEGO³⁶, o RUIZ VADILLO³⁷, claramente defensores de la intervención judicial en la ejecución y cumplimiento de la condena, son plenamente conscientes del riesgo expuesto.

Tal conflicto con la Administración o con la jurisdicción naturalmente llamada a su control, la contencioso-administrativa, sigue vigente con relación al control de los traslados o fijación de centro de destino de los internos; cuestión que toma como referencia el art. 12 LOGP, la consideración de su proyección sobre los derechos de los reclusos y la función de salvaguarda de aquellos atribuida al juez de vigilancia penitenciaria conforme a los arts. 94 LOPJ y 76.1 y 2 g LOGP.

Partiendo de la inexistencia de un derecho a cumplir la condena en un centro determinado³⁸, antes bien, estamos ante un principio programático dirigido a las administraciones penitenciarias para que, siempre que sea posible, deba ubicarse a los internos en las prisiones que estén situadas cerca de su domicilio o de su lugar de reinserción social³⁹, el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción⁴⁰ rechaza un eventual cuestionamiento ante el juez de vigilancia del ejercicio de esta competencia de la Administración, postura que incluso encuentra apoyo en la jurisprudencia constitucional⁴¹.

³³ CUELLO CALÓN, E. *La moderna penología*. Barcelona, 1958, p. 275.

³⁴ GARCÍA VALDÉS, C. *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*. Madrid, 1982, pp. 243-244.

³⁵ BUENO ARÚS, F. "Estudio Preliminar". *La reforma penitenciaria española: textos y materiales para su estudio*. dir. GARCÍA VALDÉS, C. Madrid, 1981, pp. 42-43.

³⁶ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. "El Juez de Vigilancia". *Lecciones de Derecho Penitenciario*. n.º 5, Universidad de Alcalá, 1985, pp. 186-187.

³⁷ RUIZ VADILLO, E. "Algunas consideraciones sobre la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria. La misión del Fiscal sobre determinadas competencias y sobre el futuro de la Institución". *Fiscales de Vigilancia Penitenciaria*. Madrid, 1988, p. 104.

³⁸ Sobre estas cuestión se pronuncian, entre otras, las SSTEDH de 23 de octubre de 2014, *asunto Vintman c. Ucrania*; de 14 de enero de 2016, *asunto Rodzevillo c. Ucrania*; de 7 de mayo de 2019, *asunto Fraile Iturralde c. España* (ECLI:CE:ECHR:2019:0507DEC006649817); ATC 40/2017, de 28 de febrero (ROJ: ATC 40/2017 - ECLI:ES:TC:2017:40A).

³⁹ ROGRÍGUEZ YAGÜE, C. "El derecho al cumplimiento de la pena en un lugar estable próximo al domicilio". *Revista General de Derecho Penal*, n.º 37, 2022, pp. 3-4.

⁴⁰ En este sentido las SSTCJ de 5 de diciembre de 1986, 14 de diciembre de 1990, 8 de julio de 1991, 13 de octubre de 2004, 7 de noviembre de 2007 y 1/2020, de 12 de febrero. Este último pronunciamiento es especialmente significativo, pues despeja definitivamente, rechazándola, la posibilidad de control de la decisión administrativa por el juez de vigilancia penitenciaria en los casos de traslados arbitrarios, remitiendo al procedimiento de protección jurisdiccional de derechos fundamentales ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

⁴¹ La STC 138/1986, de 7 de noviembre (ROJ: STC 138/1986 - ECLI:ES:TC:1986:138) rechaza la existencia de indefensión ante la negativa del juzgado de vigilancia penitenciaria a controlar un traslado acordado por la Administración, remitiéndose para tal fin a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Pero quizás donde se refleja en mayor medida el peligro de intromisión en la labor administrativa es la eventual posibilidad de control apriorístico de las prácticas de la Administración que puedan poner en riesgo un derecho del interno. El tema se suscitó por la existencia de mecanismos de control de las comunicaciones en los locutorios de los centros penitenciarios, habiéndose rechazado por el órgano jurisdiccional antes mencionado⁴² la posibilidad de ordenar su retirada ante el riesgo hipotético denunciado que aquellos pudieran suponer, exigiéndose así una quiebra efectiva del derecho del interno como presupuesto sustentador de la competencia del juez de vigilancia.

También se habría planteado la posibilidad del control de oficio por el órgano jurisdiccional de la actividad clasificatoria, planteamiento que ha sido rechazado de nuevo por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en el entendimiento que la competencia para acordar la clasificación inicial, progresiones y regresiones de grado, corresponde a la Administración, conforme al art. 31.1 RP, no pudiendo el juzgado de vigilancia conocer de tales materias sino en virtud del correspondiente recurso frente a la resolución administrativa, art. 76.2 f LOGP⁴³.

Tras estos conflictos con la Administración subyace un problema añadido al cual se hará referencia posteriormente, la ausencia de legitimación de la Administración para intervenir ante el juez de vigilancia penitenciaria, lo cual coloca a aquella en una delicada posición en cuestiones que pueden devenir fundamentales para su correcto funcionamiento.

Por último, ya no con la Administración, sino con los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, surge la cuestión del control de la inclusión en el fichero FIES⁴⁴, habiéndose decantado el Tribunal Supremo, Sa-

⁴² En estas tres resoluciones, SSTCJ de 28 de junio de 1995 y 7 (2) de julio de 1995, se entiende que hay un exceso en la actuación por parte de un juzgado de vigilancia penitenciaria de Madrid al ordenar la retirada de tales dispositivos.

⁴³ La STCJ de 25 de junio de 1998 rechaza una eventual revisión de oficio del acto clasificatorio administrativo.

⁴⁴ La existencia de este fichero ha sido siempre conflictiva. Su origen está en la situación carcelaria de finales del pasado siglo, especialmente entre los años 1989 y 1991, lo que da lugar a una serie de disposiciones con un claro objetivo prioritario de control y seguimiento de determinados internos y la intensificación de las medidas de seguridad, que tras la entrada en vigor el RP1996 serán regulados por la I DGIP 21/96, la cual hace una especial *clasificación* de ciertos internos en cinco grupos. La STS (3^a) de 17 de marzo de 2009 (ROJ: STS 2555/2009 - ECLI:ES:TS:2009:2555) declararía la nulidad de pleno derecho de todo el apartado referente a *Normas de seguridad, control y prevención relativas a internos muy conflictivos y/o inadaptados*, por insuficiencia de amparo normativo. Tras la reforma del Reglamento Penitenciario en el año 2011, se dictaría una nueva Instrucción, la I SGIP 12/2011. En ARRIBAS LÓPEZ, E. "Fichero de internos de especial seguimiento (FIES): Incidencia de la reforma del reglamento penitenciario y

la de lo Contencioso-Administrativo⁴⁵, por considerar que estarían en juego derechos fundamentales de los internos, residenciando, en consecuencia, el eventual control de las decisiones en tal materia en el juez de vigilancia penitenciaria.

Tal solución es claramente cuestionable, si con este pronunciamiento se quiere afirmar que la inclusión en tal fichero va más allá de una afectación al derecho a la intimidad, pues como establece el art. 6.4 RP, la inclusión en los ficheros penitenciarios, no pueden dar lugar a un régimen de vida distinto al que le corresponda. Si luego esa decisión en la práctica se traduce, indebidamente, en otras restricciones, llámense intervención de comunicaciones o cualesquiera otra, lo cuestionable sería ese proceder, cuya reprobación, sin duda, corresponde a la sede penitenciaria⁴⁶.

Tras la LO 7/2021, de 26 de mayo, *de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales*, de sus art. 4.1 b, DF 1^a —que modifica la LOGP e introduce el 15 bis—, 48 y 55, la materia queda incardinada entre las funciones de la Agencia Española de Protección de Datos o de las autoridades autonómicas de protección de datos, cuyas decisiones cabe cuestionar ante la jurisdicción contencioso-administrativa⁴⁷.

Sostener, tras la nueva normativa, la vigencia de la postura expuesta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, supone desconocer que el cauce de defensa de los derechos fundamentales de los internos del art. 76.2 g LOGP tiene un carácter residual frente a la existencia de procedimientos específicos, como es el caso; esto es, si, como acontece en este supuesto, hay una norma particular que determina un modo de defensa del derecho, es a ella a la que hay que acudir. Planteamiento que, por otra parte, no es ninguna novedad, pues son habituales las situaciones atinentes a las lesiones de los derechos de los internos que encuentran su cauce procedimental de

de la normativa administrativa interna posterior". *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*. nº 96-97, 2012.

⁴⁵ Así lo consideran las SSTS (3^o) 5598/2009, de 17 de septiembre (STS 5598/2009 - ECLI:ES:TS:2009:5598); y de 29 de junio de 2015 (ROJ: STS 2865/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2865).

⁴⁶ MARCOS MADRUGA, F. de. *El juez de vigilancia penitenciaria...* op. cit., pp. 236-240.

⁴⁷ No obstante, la Conclusión 54 de las Conclusiones Vigentes Sistematizadas de Encuentros de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria 2011-2023, mantiene el posicionamiento anterior a la LO 7/2021 y considera que ese control encaja en la competencia del art. 76.2 g LOGP, con invocación de las SSTS (3^o) 5598/2009, de 17 de septiembre (STS 5598/2009 - ECLI:ES:TS:2009:5598); y de 29 de junio de 2015 (ROJ: STS 2865/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2865). En *Conclusiones Vigentes Sistematizadas de Encuentros de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria 2011-2023*. Valencia, 2023 p. 64.

defensa en otras vías —sirva de ejemplo las acciones de responsabilidad patrimonial ante lesiones de aquellos—.

2. CONFLICTOS CON LOS ÓRGANOS SENTENCIADORES

La creación del juez de vigilancia penitenciaria responde en gran medida a la idea de judicialización de la ejecución de la pena, plasmación del principio de legalidad en esta fase del procedimiento⁴⁸; posicionamiento que arranca de mediados del siglo XIX⁴⁹.

Dado que en este momento de la realización de la condena juez de vigilancia penitenciaria y juez sentenciador comparten el objeto de sus competencias, una poco precisa regulación de las zonas de conflicto se traduce en puntos de fricción.

El primero, con motivo de la fijación del límite máximo de cumplimiento en caso de concurrencia de pluralidad de condenas al amparo del art. 70 CP 1973 (hoy en día art. 76 CP), pues pudiera pensarse que esta cuestión podría subsumirse en el ámbito de la competencia del juez de vigilancia fijada en el art. 76.2 a LOGP cuando se afirma que corresponde a aquel “adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores”.

Este además parece que era el sentido primario de la norma, al menos así se entendió en los momentos iniciales de la andadura de la ley penitenciaria, buena prueba de ello las *Previsiones de la Presidencia del Tribunal Supremo* de 1981, en las que se consideraba que la remisión antes citada, lo era en bloque a todo el régimen de ejecución penal; planteamiento también

⁴⁸ En este sentido, CUELLO CALÓN, E. “La intervención del Juez en la ejecución de la pena”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 6, Fasc/Mes 2, 1953, p. 254; QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Curso de Derecho Penal*. Tomo I. Madrid, 1963, p. 511; QUINTANO RIPOLLÉS, A. “Modernos aspectos de las instituciones penitenciarias iberoamericanas”. *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 165, abril-junio, 1964, pp. 319-321; RUIZ VADILLO, E. “Algunas consideraciones sobre la reforma de las penas privativas de libertad”. *Estudios penales y criminológicos*. nº 2, 1977-1978, pp. 189-192; BUENO ARÚS, F. *Estudios penales y Penitenciarios*. Madrid, 1981, p. 130; MATA Y MARTÍN, R.M. “Aproximación a la evolución histórica de la intervención judicial en la ejecución de la pena privativa de libertad”. *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*. Tomo II. coord. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. Navarra, 2018, pp. 255-256.

⁴⁹ RÖDER, C.D.A. *Estudios sobre Derecho penal y sistemas penitenciarios*. Madrid, 1875, pp. 243-246; RÖDER, C.D.A. *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones. Ensayo crítico preparatorio para la renovación del derecho penal*. (fac-símil de la Edición de 1876) Valladolid, 2002, pp. 235-236, 248, 252 y 289.

asumido por los jueces de vigilancia penitenciaria en su *Primera Reunión* de abril de 1982⁵⁰.

Pero la jurisprudencia va a ir por otros derroteros⁵¹, al darse prevalencia al tenor del art. 988 LCRM, sobre el art. 76.2 a LOGP, pues se dirá que las valoraciones entorno a la conexidad exceden del ámbito de ejecución del juez de vigilancia penitenciaria.

Igual respuesta va a recibir el tema de la competencia para acordar el reingreso de un penado en caso de quebrantamiento con ocasión de un permiso. Se va a considerar que debe distinguirse entre una competencia interna, que se proyecta sobre la forma de ejecución de la pena, que corresponde al juzgado de vigilancia, y otra externa, que se refiere a las incidencias que se produzcan en la ejecución de las penas privativas de libertad que sean ajenas aquella, cuyo conocimiento va a corresponder al sentenciador, por lo cual, es este quien tiene que emitir la requisitoria⁵².

También resulta problemática la determinación de cuándo corresponde en la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad al juez de vigilancia penitenciaria y cuándo al sentenciador la supervisión y en su caso declaración de incumplimiento del plan elaborado al efecto. El elemento clave será su origen, si se imponen como pena o como condición de la suspensión o sustitución de penas, atribuyéndose en el primer caso la competencia al juez de vigilancia penitenciaria⁵³.

Ahora bien, cuando traen causa en la sustitución legal del art. 71.2 CP en las penas de prisión inferiores a seis meses, cabe entender que en este caso los trabajos son pena principal y no condición, pues en tal supuesto estamos propiamente más ante una regla de determinación de la pena que ante una auténtica sustitución⁵⁴.

⁵⁰ PEITEADO MARISCAL, P. *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad*. Madrid, 2000, pp. 190-191.

⁵¹ Así los AATS 1082/1989, de 7 de abril (ROJ: ATS 1159/1989 - ECLI:ES:TS:1989:1159A); 2553/1989, de 14 de octubre (ROJ: ATS 756/1989 - ECLI:ES:TS:1989:756A); y 1581/1990, 4 de mayo (ROJ: ATS 1607/1990 - ECLI:ES:TS:1990:1607A)

⁵² El ATS de 5 de Marzo de 2009 (ROJ: ATS 2798/2009 - ECLI:ES:TS:2009:2798A), atribuye la competencia al sentenciador y no al juez de vigilancia penitenciaria en orden al dictado de la orden de busca y captura en caso de quebrantamiento de un permiso penitenciario.

⁵³ En este sentido, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2018; la STS 603/2018, de 28 de noviembre (ROJ: STS 4027/2018 - ECLI:ES:TS:2018:4027); y los AATS de 3 de junio de 2016 (ROJ: ATS 6543/2016 - ECLI:ES:TS:2016:6543A) y 4 de marzo de 2020 (ROJ: ATS 2239/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2239A).

⁵⁴ MARCOS MADRUGA, F. de. *El juez de vigilancia penitenciaria...* op. cit., pp. 243-244.

⁵ Este planteamiento subyace tras el Criterio 143.3 de los *Criterios de actuación de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, texto actualizado en Granada en octubre de 2023.

Por último, cuestión debatida fueron también las medidas de seguridad⁵⁵, al menos hasta la LO 1/2015 que clarificó la cuestión al circunscribir la intervención del juez de vigilancia penitenciaria a las privativas de libertad y a la libertad vigilada postpenitenciaria.

3. COMPETENCIA TERRITORIAL

La determinación del juez de vigilancia penitenciaria territorialmente competente, aparentemente, no ofrecería grandes dudas, pues los arts. 94 y 95 LOPJ toman como referencia la provincia o provincias asignadas a cada uno de ellos.

Por las particulares características de los juzgados de esta clase es posible que, junto a juzgados uniprovinciales, existan otros de carácter multiprovincial (sirva de ejemplo el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Castilla y León nº 1 que comprende las provincias de Valladolid, Ávila y Segovia), pero también juzgados que tienen limitadas su función a parte de una provincia (Los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria nº 1, 4 y 10 de Andalucía, Cádiz).

La heterogeneidad de las cuestiones atribuidas al conocimiento de esta clase de órganos y la falta de la más mínima técnica legislativa, dan lugar a que en múltiples cuestiones la precisa delimitación de tan elemental presupuesto de actuación, como es la fijación de la competencia, quede difuminado.

Comenzando con materias estrictamente penitenciarias, fue muy debatida en su día la determinación del órgano competente para conocer de los recursos en materia de clasificación, pues tras una postura vacilante de la jurisprudencia, terminó fijándose la competencia en el juez del centro que hace la propuesta en tal materia⁵⁶.

Cuestión también dudosa sería la aprobación de la sanción de aislamiento en celda superior a catorce días. Aquí habría que distinguir dos situaciones: la primera, cuando esa aprobación se refiere al nacimiento de la sanción, en cuyo caso la determinación de la competencia debería hacerse tomando

⁵⁵ Los AATS de 31 de marzo de 2000 (ROJ: ATS 7761/2000 - ECLI:ES:TS:2000:7761A) y de 14 de marzo de 2007 (ROJ: ATS 5438/2007 - ECLI:ES:TS:2007:5438A) determinaron que el ámbito propio del juez de vigilancia eran las medidas de seguridad privativas de libertad.

⁵⁶ Tras un primer pronunciamiento del Tribunal Supremo que se decantó por entender competente al juzgado de vigilancia penitenciaria del lugar donde se encontraba el interno al formular el recurso, ATS 16 de marzo de 2007 (ROJ: ATS 3833/2007 - ECLI:ES:TS:2007:3833A), posteriormente se adopta el más respetuoso con el principio del juez ordinario predeterminado por la ley del juzgado de vigilancia penitenciaria del centro que hizo la propuesta, Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 8 de julio de 2015.

como referencia el centro penitenciario en el cual se impone inicialmente; y, la segunda, cuando el objeto de la autorización es su cumplimiento, en cuyo caso la competencia lo es del juez del centro en que aquel tiene lugar, pues la sanción ya existe y la función de la intervención judicial se circunscribe a la regularidad de la forma en que se lleva a cabo, no al control del motivo de la imposición.

En las quejas del art. 76.2 g LOGP, el elemento determinante es el centro en el cual se produce la vulneración del derecho o la deficiencia del funcionamiento denunciada.

Hay que puntualizar que, una vez hecha una petición o recurso ante el juzgado, se produce ya una perpetuación de la jurisdicción, de forma que, aunque se produzca el traslado del interno a otro centro, corresponde al primer juez resolver la cuestión.

En las medidas de seguridad, en el caso de las privativas de libertad, corresponde su seguimiento al juez de vigilancia del territorio donde se encuentre el centro de internamiento. En el caso de la libertad vigilada será el juez de vigilancia penitenciaria del domicilio⁵⁷; solución que cabe extender a la custodia familiar.

Por lo que a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad se refiere, la aprobación del plan, seguimiento y eventual declaración de incumplimiento corresponde al juez que ejerce sus funciones sobre el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas que se encarga de llevarla a efecto.

Pero donde resulta más difícil dar una solución es en el caso de la suspensión de condena del del art. 60 CP, pronunciamiento que, con relación a cualquier clase de pena, privativa o no de libertad, corresponde al juez de vigilancia penitenciaria, y en el supuesto de abono de medidas cautelares a causa distinta del art. 58.2 CP, cuando no media ingreso en centro penitenciario. Al ser estas unas cuestiones sobre las cuales la jurisprudencia no se ha pronunciado, surge la duda de cuál debe ser el punto de conexión a tener en cuenta, si el domicilio del penado o bien el del lugar del juzgado o tribunal sentenciador.

Pero es que además en el caso del art. 58.2 CP la cuestión es más problemática, pues las dudas se extienden incluso a la competencia objetiva del juez de vigilancia penitenciaria en tales casos, ya que en el precepto mencionado se recoge expresamente la referencia a “centro penitenciario en que se

⁵⁷ En este sentido resuelve, pronunciándose sobre una cuestión de competencia, el ATS de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: ATS 11200/2017 - ECLI:ES:TS:2017:11200A).

encuentre el penado”, luego parece que se toma como presupuesto el inicio del cumplimiento.

MANZANARES SAMANIEGO⁵⁸ entiende que la intervención del juez de vigilancia tiene como presupuesto el cumplimiento de una pena de prisión, lo cual supone que cuando no se da tal circunstancia el problema se enmarca en la ejecutoria y, por ello, corresponde resolver al sentenciador.

DEL MORAL GARCÍA⁵⁹, por su parte, tras admitir la necesidad de determinar quién ha de encargarse de ese abono cuando la pena no se ha empezado a cumplir, especialmente en los casos en los cuales la condena pueda estar ya cubierta por el tiempo de prisión abonable, entiende que es muy dudosa la fijación clara de un criterio competencial, siendo varias las opciones interpretativas y poco determinantes los argumentos legales, bien en favor del juez o tribunal sentenciador o del juez de vigilancia del domicilio del penado o el del juez de vigilancia del ámbito territorial en el que recayó la sentencia, alertándose, en todo caso, que sería inadmisibles exigir el ingreso en un centro penitenciario solo para resolver el problema competencial.

Sin embargo, esta última objeción es perfectamente salvable si se entiende que como no media ingreso en establecimiento penitenciario, no hay vinculación con la jurisdicción de vigilancia, por lo cual la cuestión queda circunscrita a una incidencia en la ejecutoria, competencia así del sentenciador.

En cuanto a qué juez de vigilancia sería territorialmente competente en estos dos supuestos, art. 58.2 CP sin ingreso en prisión, si se entiende que corresponde el pronunciamiento al juez de vigilancia, y art. 60 CP, su determinación tomando como referencia el sentenciador carece de cualquier apoyo normativo o paralelismo con otra situación penitenciaria, siendo más ajustado entender que debe considerarse el dato del domicilio, como ocurre, por ejemplo, en el seguimiento de las medidas de seguridad.

4. ESPECIAL CONFIGURACIÓN DE LAS ATRIBUCIONES DEL JUZGADO CENTRAL DE VIGILANCIA

Junto a los juzgados de vigilancia penitenciaria generales, estaría el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, cuya competencia, con carácter

⁵⁸ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “El abono de las medidas cautelares en la duración de las penas”. *Diario La Ley*, nº 8293, 2014.

⁵⁹ MORAL GARCÍA, A. del. “La última expansión de las competencias de los Jueces de Vigilancia penitenciaria (Ley Orgánica 15/2003 de modificación del Código Penal)”. *Jueces para la democracia*, nº 58, 2007, p. 109.

preferente y excluyente, se delimita tomando como referencia los delitos cuyo conocimiento corresponde a la Audiencia Nacional, art. 94.4 LOPJ. Por ello, basta que una de las condenas haya sido dictada o medie una causa pendiente ante la Audiencia Nacional para que las funciones de vigilancia penitenciaria se residencien en el Juzgado Central de esta clase.

Ello es así incluso cuando se trata de causas licenciadas, pero incluidas en un proyecto de refundición.

La refundición penitenciaria supone que todas las penas que está en cumplimiento se aúnan en una misma unidad de ejecución como requisito indispensable para el tratamiento, ya que “sería absurdo clasificar y tratar al reo atendiendo a sus responsabilidades penales por separado”⁶⁰, pues no existe una correlación entre el tratamiento y la pena impuesta como consecuencia de un concreto hecho delictivo, sino que se da entre el tratamiento y la concreta persona del penado; tratamiento que es personalizado, siendo la respuesta del ordenamiento jurídico a un sujeto que ha sido condenado penalmente a una privación de libertad, de lo que se concluye que no tendría ningún sentido que el tratamiento para un mismo sujeto fuera diferente en función de cada pena que le hubiere sido impuesta⁶¹. El tratamiento penitenciario opera sobre la totalidad de las penas impuestas y no sobre la individualidad de ellas⁶².

Pues bien, como se ha dicho, si se ha producido un licenciamiento de una causa que debería haberse considerado a efectos del principio de unidad de ejecución, aun cuando no se anule el licenciamiento, se tiene por vigente y no extinguida⁶³. Consideración que se hace incluso a los efectos competenciales⁶⁴; esto es, que si la licenciada, pero considerada en el

⁶⁰ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “Apuntes de urgencia sobre la sentencia del Tribunal Supremo en relación con el denominado caso *Parot*”. *Diario La Ley*, nº 6443, 2006.

⁶¹ CUERDA RIEZU, A. “El concurso real y la acumulación de penas en la Sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero, relativa al caso Henri Parot. Observaciones legales y constitucionales”. *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, nº 7, 2006, p. 263.

⁶² Al principio de unidad de ejecución se refieren las SSTS 29 de septiembre de 1992 (ROJ: STS 7336/1992 - ECLI:ES:TS:1992:7336) y 24 de junio de 1994 (ROJ: STS 4912/1994 - ECLI:ES:TS:1994:4912).

⁶³ Las SSTS 685/2020, de 10 de septiembre (ROJ: STS 4445/2020 - ECLI:ES:TS:2020:4445), y 374/2021, de 5 de mayo (ROJ: STS 1670/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1670), se pronuncian sobre tal problema.

⁶⁴ Cuestión de competencia resuelta por el ATS 20088/2023, de 8 de febrero (ROJ: ATS 1212/2023-EC LI:ES:TS:2023:1212A) planteada por el JVP nº 1 de Castilla y León frente al Juzgado Central de Vigilancia, entendiéndose por el Tribunal Supremo que este último es competente a pesar de no haber sido anulado el licenciamiento definitivo de la causa de la Audiencia Nacional considerada a efectos del art. 193 RP; y ello en aras de la consideración del principio de unidad de ejecución.

proyecto de refundición, lo es de la Audiencia Nacional, las funciones de vigilancia penitenciaria se residen en el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria.

V. LEGITIMACIÓN Y POSTULACIÓN.

La determinación de quiénes pueden actuar o, dicho de otra forma, quiénes están legitimados para hacerlo ante el juez de vigilancia penitenciaria, no es tampoco un tema pacífico. De la DA 5ª LOPJ parece deducirse, *prima facie*, que solo son parte el Ministerio Fiscal y el interno/penado/liberado.

El Ministerio Fiscal, no cabe duda, está legitimado por su papel de defensor de la legalidad, art. 124 CE y Ley 50/1981, de 30 de diciembre, *por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*. Tal misión se acentúa con relación a la pena privativa de libertad, en cuya ejecución su intervención es innegable, incluidas las incidencias que tienen lugar ante la jurisdicción de vigilancia⁶⁵.

No lo estaría la Abogacía del Estado⁶⁶, por la posición del juez de vigilancia penitenciaria con respecto a la Administración, el cual no sería sino un órgano judicial especializado dentro del orden jurisdiccional penal, diversos de los órganos administrativos especializados o de los tribunales de la jurisdicción contenciosa, establecido como mecanismo de control de la actuación administrativa, lo cual hace inviable la consideración de la Administración como parte en los procesos seguidos ante él. No es, en este caso, el juez de vigilancia penitenciaria sino un sistema o forma de control externo de la Administración⁶⁷.

Sin embargo, este planteamiento es cuestionable, pues cuando se trata de cuestiones incardinadas en el régimen penitenciario, aspectos relativos a la seguridad y buen orden del centro, es claro que tiene un interés legíti-

⁶⁵ ALONSO DE ESCAMILLA, A. *El juez de vigilancia penitenciaria*. Madrid 1984, p. 128; GONZÁLEZ CANO, M.I. *La ejecución de la pena privativa de libertad*. Valencia, 1994, pp. 67-68.

⁶⁶ En este sentido la STC 129/1995, de 11 de septiembre (ROJ: STC 129/1995 - ECLI:ES:TC:1995:129).

⁶⁷ El *Proyecto de ley orgánica reguladora del procedimiento ante los juzgados de vigilancia penitenciaria de 1997* (Boletín Oficial de las Cortes Generales, núm. 41) seguía un criterio distinto, pues en su artículo 12 permitía a la Administración ser parte cuando fuere de su interés.

Este planteamiento es defendido por MARTÍN DIZ, el cual considera que dado que es la Administración penitenciaria quien lleva el peso en lo personal y lo material en la ejecución de las penas privativas de libertad, se verá implicada tanto en las peticiones que se formulen ante la autoridad judicial como presunta causante de una lesión al derecho del interno, como en las propuestas de actuación judicial que partan de aquella. MARTÍN DIZ, Fernando. *El juez de vigilancia penitenciaria: garante de los derechos de los reclusos*. Granada. 2002, pp. 237-238.

mo en el mantenimiento y defensa de sus decisiones, no existiendo, en la actualidad cauce procesal para hacerlo valer. Este corresponde al Ministerio Fiscal, al que se encomienda la defensa de la legalidad, no una defensa institucional de la Administración, que es la que desempeña la Abogacía del Estado.

Pero donde no tiene sentido reconocer legitimación a la Administración es en las cuestiones atinentes a la ejecución de la condena o en aquellas que significan la realización del fin primordial de la pena, el principio resocializador, cuestiones tratamentales, pues en ellas es una mera colaboradora del juzgado, coadyuvando a aquel a desarrollar su labor, de modo que no media un interés propio digno de protección⁶⁸.

La víctima⁶⁹, en general, tampoco es parte, en el entendimiento de que carece de interés legítimo en la ejecución, que se entiende, es monopolio del Estado⁷⁰.

Tal aserto ha de matizarse tras la Ley 4 /2015, de 27 de abril, del *Estatuto de la Víctima del delito*, en la cual, en el art. 13 se le da una limitada intervención, con relación a ciertos delitos y siempre que la pena impuesta por ellos sea superior a cinco años de prisión.

Esta nueva posición se centra en dos momentos, la exoneración de los periodos de seguridad de los art. 36 y 78 CP; y la concesión de la suspensión del resto de la pena y libertad condicional⁷¹.

⁶⁸ GONZÁLEZ CANO, M.I. *La ejecución de la pena privativa...* op. cit., pp. 386-387.

⁶⁹ Tal cuestión se analiza en el ATC 373/1989, de 3 de julio (ROJ: ATC 373/1989 - ECLI:ES:TC:1989:373A).

⁷⁰ Con anterioridad al *Estatuto de la Víctima*, MARTÍN DIZ ya defendía la participación de aquella en cuestiones que, por su trascendencia, pudieran afectar a su seguridad personal o a una completa reparación del daño causado por el delito, pero no en aquellas en que su interés no se vea afectado. En MARTÍN DIZ, F. *El juez de vigilancia penitenciaria: garante de los derechos de los reclusos*. Granada. 2002, p. 239.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, también en aquel marco temporal, iba más allá, considerando que la víctima tenía un interés legítimo en la ejecución, incurriéndose en una contradicción al negárselo en tal fase, cuando antes se le reconoce como un derecho fundamental el ejercicio de la acción penal. En LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. "Recursos contra las decisiones del juez de vigilancia penitenciaria". *Poder Judicial*, nº extra 3, 1988, p. 151.

El *Proyecto de ley orgánica reguladora del procedimiento ante los juzgados de vigilancia penitenciaria de 1997* no reconocía a la víctima un pleno estatus como parte, art. 13, a diferencia del texto del Anteproyecto. En GONZÁLEZ CANO, M.I. "Perspectivas de futuro sobre el juez de vigilancia penitenciaria y la ejecución de la pena privativa de libertad: Aproximación al proyecto de ley orgánica reguladora del procedimiento ante los juzgados de vigilancia penitenciaria". *Poder Judicial*, nº 49, 1998, pp. 491-492.

⁷¹ El *Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 2020, su art. 887, reconoce una intervención plena de la víctima como parte en la ejecución, en la cual se encuadra la libertad condicional; participación más amplia que en el *Estatuto de la Víctima*, pues no se circunscribe a determinadas

Curiosamente se excluye, sin embargo, su participación en la concesión del tercer grado, momento bastante más significativo que los anteriores, pues la existencia de los periodos de seguridad no deja de ser algo numéricamente excepcional; y la concesión de la libertad condicional no lo es sino tras la progresión al tercer grado, con lo cual la participación en aquel momento queda seriamente desnaturalizada, al no ser este sino la culminación de proceso resocializador que trae causa en una previa buena evolución.

Es llamativo que, a pesar de la proclama de la *Exposición de Motivos*⁷², tampoco tiene la víctima intervención alguna en la pena de prisión permanente revisable, que es la respuesta penal de mayor entidad en nuestro ordenamiento⁷³.

Quando se reconoce legitimación a la víctima, la forma en la cual se hace efectiva, lo es mediante la oportuna comunicación del interés al efecto, conforme al art. 5 m del *Estatuto*, bien en la instrucción, en fase de enjuiciamiento o en la ejecución, en orden a la notificación de, entre otras, la clase de resoluciones antes dichas, designándose al efecto una dirección de correo electrónico o, en su defecto, una dirección postal o domicilio.

El numeral tercero del antes mencionado art. 13 del *Estatuto* dispone que, antes de adoptar una de aquellas resoluciones, el juez de vigilancia penitenciaria ha de dar traslado a la víctima para que en el plazo de cinco días formule sus alegaciones. La resolución judicial, una vez dictada, puede ser impugnada por la víctima mediante el anuncio ante el Letrado Judicial de su voluntad, sin necesidad de asistencia de abogado en este trámite, en el plazo de cinco días, debiéndose interponer el recurso en el plazo de quince días desde la notificación.

La víctima puede además interesar que se impongan al liberado condicional las medidas o reglas de conducta previstas por la ley que consideren necesarias para garantizar su seguridad, cuando aquél hubiera sido condenado por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación

tipologías. Pero en este texto las cuestiones atinentes a tal materia son ajenas a la jurisdicción de vigilancia, pues se residencias en el tribunal de ejecución, que no es otro que el que dictó la sentencia en primera instancia.

⁷² “La regulación de la intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena, cuando se trata del cumplimiento de condenas por delitos especialmente graves, garantiza la confianza y colaboración de las víctimas con la justicia penal, así como la observancia del principio de legalidad, dado que la decisión corresponde siempre a la autoridad judicial, por lo que no se ve afectada la reinserción del penado”.

⁷³ El *Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 2020 pretendía suplir tal carencia en los arts. 913 y siguientes, si bien, de nuevo, se trataría de actuaciones ante el tribunal de ejecución y no ante la autoridad judicial de vigilancia penitenciaria.

de peligro para la víctima; y facilitar al juez o tribunal cualquier información que resulte relevante para resolver sobre la ejecución de la pena impuesta, las responsabilidades civiles derivadas del delito o el comiso que hubiera sido acordado.

Pero en el ordenamiento se reconoce, además de estos supuestos limitados de intervención como parte, otros en los cuales, sin atribírsele tal cualidad, se da participación a los meros efectos de ser oída. Así el art. 90.2 CP, en el marco de la libertad condicional anticipada a las 2/3 partes, recoge la audiencia a lo que se denomina *demás partes*, terminología poco afortunada, pues, como se viene diciendo, en la jurisdicción de vigilancia ese concepto se circunscribe a muy limitados sujetos. En este caso se considera que esa audiencia, sin atribuir legitimación alguna, se extiende a quienes lo fueron en la fase declarativa, acusación particular o acusación popular, si bien ahora, dado el monopolio estatal en la fase ejecutiva, ello no comporta que luego puedan cuestionar la decisión que se adopte.

Se ha planteado también la posibilidad de considerar una legitimación abierta en orden a denunciar posibles vulneraciones de derechos. El art. 76.2 g no contempla tal posibilidad, pues se refiere claramente a los internos, no ya solo por la mención expresa al efecto, sino porque en la norma se restringe el contenido de la discrepancia a la afectación de los derechos fundamentales o derechos o beneficios penitenciarios de los que sean titulares. Formulación que viene apoyada además por algunos pronunciamientos jurisprudenciales⁷⁴.

Distinta es la posición de RACIONERO CARMONA⁷⁵, el cual defiende, en conexión con el Proyecto de 1997⁷⁶, la posible intervención de terceros, con especial consideración de organizaciones o asociaciones vinculadas a temas penitenciarios, en orden a instar al Ministerio Fiscal o, sin constituirse en parte, ante el juez de vigilancia penitenciaria, en interés de uno o varios internos.

⁷⁴ Así parece también entenderlo las SSTCJ de 28 de junio de 1995 y 7 (2) de julio de 1995. Como el propio Tribunal Constitucional en el ATC 335/1995, de 11 de diciembre.

⁷⁵ RACIONERO CARMONA, F. "La norma reguladora del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria". *Derecho Penitenciario II. Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid, 2003, p. 132.

⁷⁶ El art. 10 del *Proyecto de ley orgánica reguladora del procedimiento ante los juzgados de vigilancia penitenciaria de 1997* reconocía la potestad de cualquier persona que tenga conocimiento de una supuesta vulneración de derechos fundamentales de personas reclusas en Centros penitenciarios, sin necesidad de constituirse en parte en el procedimiento, instar la actuación del Ministerio Fiscal ante el juzgado de vigilancia penitenciaria competente, en defensa de tales derechos

Pero el juez de vigilancia penitenciaria tiene competencias que van más allá de lo estrictamente penitenciario, por lo cual, en tales asuntos, por un elemental derecho de defensa, el sujeto pasivo directo de sus decisiones tiene derecho a intervenir e impugnar lo que se resuelva.

Con ello nos estamos refiriendo a al caso del abono de prisión preventiva cuando no media ingreso, si se entiende que es objetivamente competente en tal supuesto, o a la aplicación del art. 60 CP; o el cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, cuando es propiamente una pena y no una condición, en cuyo caso el penado puede cuestionar tanto el plan de ejecución, como la eventual declaración de incumplimiento.

Por último, ha de mencionarse la especial posición en las medidas de seguridad, pues en ella el juez de vigilancia penitenciaria no toma decisiones definitivas, formula meras propuestas, por lo cual, si el interesado no está conforme, lo que ha de impugnar es la decisión que adopte el sentenciador, que es quien resuelve. Reconocer un derecho de impugnación resulta un tanto anómalo, pues sería poco menos que anticipar la decisión del quien ha de resolver, al cual corresponde conocer, por aplicación de la DA 5ª el eventual recurso de apelación.

En cuanto a la postulación, si se interviene con abogado, lo cual solo es necesario, en el recurso de apelación, ante la ausencia de especialidad durante la tramitación, es necesaria la intervención de procurador.

Como excepción, se recoge en la DA 5ª.9 LOPJ, que el letrado asume la representación en el recurso de apelación, por lo cual no es necesario designar procurador.

La posibilidad de instar la designación de abogado de oficio ante el juez de vigilancia penitenciaria es muy limitada, circunscribiéndose a la formulación del recurso de apelación, único supuesto en el cual se establece la necesidad de su intervención⁷⁷. Fuera de este supuesto, solo caben designaciones de oficio de forma excepcional, arts. 6.3 a y 21 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, *de asistencia jurídica gratuita*; esto es, “cuando su intervención sea expresamente requerida por el juzgado o tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso”.

⁷⁷ La posición del Tribunal Constitucional en este sentido es clara, baste citar las SSTC 229/1993, de 12 de julio (ROJ: STC 229/1993 - ECLI:ES:TC:1993:229); 42/2008, de 10 de marzo (ROJ: STC 42/2008 - ECLI:ES:TC:2008:42). En incluso se adopta una postura un tanto laxa incluso en aquellos casos en los cuales la intervención con Letrado está prevista en la ley, en atención la falta de una lesión material de derecho de defensa, sirva de ejemplo la STC 233/1998, de 1 de diciembre (ROJ: STC 233/1998 - ECLI:ES:TC:1998:233); en este caso, a pesar de ser un supuesto de un recurso de apelación admitido sin firma de Letrado, se deniega el amparo.

No obstante, algunos Colegios de la Abogacía organizan los Servicios de Orientación Penitenciaria en orden al asesoramiento de las personas privadas de libertad en los establecimientos penitenciarios; pero la prestación de servicio en ellos por parte de los profesionales no les atribuye el carácter de abogado de oficio.

Fuera de estas normas generales está el supuesto de la prestación del consentimiento a la transmisión de una pena o medida privativa de libertad en el marco de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, *de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*, pues conforme al art. 67, en tales casos el penado deberá ser asistido de letrado y, si fuera necesario, de intérprete; y habrá tenido que ser informado en términos claros y comprensibles de la finalidad de la audiencia y del consentimiento.

VI. LA PROBLEMÁTICA DEL CUESTIONAMIENTO DE LAS DECISIONES DE LA ADMINISTRACIÓN: NOMENCLATURA Y PLAZO DE EJERCICIO DEL DERECHO DE IMPUGNACIÓN

El legislador a la hora de definir los instrumentos impugnatorios ante la jurisdicción de vigilancia no deja de ser innecesariamente impreciso, empleando en la DA 5ª LOPJ o en el art. 76 LOGP términos tales como *apelación* o *queja*. El uso del primero de ellos es un tanto sorprendente, pues el recurso de apelación se refiere al cuestionamiento de decisiones dentro de un mismo orden, esto es de una autoridad judicial que se somete a consideración de su superior⁷⁸. No es infrecuente en el foro o en la doctrina, además, el empleo de otros términos más propios del ámbito del Derecho Administrativo, como lo es *recurso de alzada*⁷⁹.

⁷⁸ Las SSTs 965/2022 y 966/2022, de 15 de diciembre (ROJ: STS 4621/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4621 y ROJ: STS 4660/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4660) hacen precisamente referencia a lo equívoco de esta terminología.

⁷⁹ Estamos con NISTAL BURÓN cuando afirma que ni apelación, ni alzada, serían las denominaciones adecuadas para estos recursos contra decisiones de la Administración penitenciaria de los que conoce Juez de Vigilancia Penitenciaria. Ni son judiciales, pues esta denominación corresponde a los previstos en la LCRIM —reforma, súplica, queja, apelación, revisión y casación—, ni tampoco son administrativos, puesto que estos son los previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del *Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* —alzada, reposición y revisión—. En NISTAL BURÓN, J. “Unificación de doctrina en materia penitenciaria sobre la disposición adicional 5ª.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (A propósito, de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 965/2022 de fecha 15/12/2022)”. *Diario La Ley*, Nº 10219, 2023.

En realidad, hubiera sino menos estéril el empleo de una única fórmula en la cual expresar la disconformidad con lo acordado, como bien pudiera ser la de *recurso ante el juez de vigilancia penitenciaria*, sin mayores calificativos.

Interpuesto el correspondiente recurso en materias propias de la competencia de la jurisdicción de vigilancia frente a las decisiones de la Administración, surge el problema de fijar un plazo para hacer uso de aquel.

Plazos de impugnación ante el juez de vigilancia penitenciaria, en el plano normativo, no hay más que uno, el del art. 248 RP en materia disciplinaria, cinco días. Por ello, más allá de este supuesto, se ha de intentar establecer, por un elemental principio de seguridad jurídica, un tiempo para el ejercicio del derecho a cuestionar lo resuelto por la Administración.

Pero para poder llegar a una conclusión, debe de partirse de un hecho inequívoco, cual es que las decisiones que la Administración adopta con relación a las personas privadas de libertad lo son de dos clases: unas afectan a la ejecución de la condena, fundamentalmente la materia de clasificación, y el resto de cuestiones, bloque este conformado por un grupo heterogéneo de temas⁸⁰; luego la respuesta no puede ser unívoca.

La materia de ejecución de penas en la que incide la actuación administrativa, ámbito clasificatorio, no está sujeta al Derecho Administrativo, corresponde al Derecho Penal, por lo cual no puede tomarse como referencia aquella otra rama del ordenamiento, los plazo allí previstos (dos meses), sino que en todo caso la laguna, la ausencia de plazo expreso, ha de ser suplida por la LCRIM; por ello o bien ha de acudir al plazo de interposición del recurso de apelación frente a las resoluciones del juez de vigilancia, cinco días, o bien al del recurso de reforma, tres días. Los Acuerdos de los Jueces de Vigilancia⁸¹ se decantan en favor de la primera posibilidad; criterio que también sigue la SGIP en orden a considerar ejecutivos transcurrido dicho plazo desde la notificación al Ministerio Fiscal en los supuestos de progresiones de internos a tercer grado por delitos graves.

⁸⁰ A estos dos ámbitos de actuación se refieren la STC 43/2008, de 10 de marzo (ROJ: STC 43/2008 - ECLI:ES:TC:2008:43) y las SSTs 965/2022, de 15 de diciembre (ROJ: STS 4621/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4621); 966/2022, de 15 de diciembre (ROJ: STS 4660/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4660).

⁸¹ El Acuerdo 128.6 de los *Criterios de actuación de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, texto actualizado en Granada en octubre de 2023, recoge, de forma general como plazo de impugnación frente a cualquier actuación de la Administración el de cinco días.

La necesidad de establecimiento de un plazo es especialmente acuciante tras la interpretación de la DA 5ª LOPJ hecha por el Tribunal Supremo⁸² con referencia al efecto suspensivo de los recursos del Ministerio Fiscal en las condenas por delitos graves, efecto que se extiende a la decisión clasificatoria en tercer grado de la Administración, lo cual lleva a que no se produzca la excarcelación, con el consiguiente efecto sobre el derecho a la libertad.

Las decisiones de la Administración penitenciaria que no se refieren a la ejecución de penas, lo que se puede denominar cuestiones de cumplimiento —comunicaciones, cacheos, prestaciones, etc.—, están sujetas al Derecho Administrativo, si bien, en algunos casos, su fiscalización corresponde al juez de vigilancia penitenciaria, con lo cual surge el problema de cuál es el plazo de impugnación de tales actuaciones. Por un lado, podría considerarse el plazo de un mes, plazo del recurso administrativo; bien el de dos meses, plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo; o, por, último el de cinco días de los *Criterios de actuación de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria* ya mencionado.

Aunque es difícil dar una respuesta definitiva, el plazo de cinco días de los *Criterios* es especialmente breve; y si bien puede tener sentido en materia de ejecución de penas, materia plenamente jurisdiccional, de ahí que se considere el plazo del recurso de apelación frente a los autos de la LCRIM, en otras materias, las sujetas al Derecho Administrativo, el argumento expuesto pierde su peso, pues la normativa procedimental propia de aquel es aplicable en tales actuaciones, con lo cual resulta más coherente decantarse por los plazos de impugnación previstos en ella. Como estamos ante un recurso judicial frente a la decisión administrativa y no un recurso administrativo, cabe decantarse por el plazo de dos meses.

Por último, no puede olvidarse la específica regulación el silencio administrativo en materias competencia de la Administración penitenciaria, que viene recogida en el art. 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, *del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*; en el apartado 2º DA 29ª de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre —Anexo II—, que establece en qué materias penitenciarias aquel se entiende desestimatorio; y en la DA 4ª del Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, *por el que se aprueba determinadas normas procedimentales en materia de Justicia e Interior, relativo a Procedimientos penitenciarios*, que fija los plazos de

⁸² El efecto suspensivo del recurso en materia de ejecución se aborda en las SSTS 965/2022, de 15 de diciembre (ROJ: STS 4621/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4621); y 966/2022, de 15 de diciembre (ROJ: STS 4660/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4660).

resolución, por regla general, tres meses desde la petición, a partir de los cuales aquella se entiende desestimada.

La STS 352/2023, de 11 de mayo (ROJ: STS 2234/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2234), aunque llega a esta misma solución, fijando un plazo de tres meses para resolver sobre las peticiones de permiso por parte de los internos, obvia toda referencia a la regulación antes citada⁸³.

VII. PROCEDIMIENTO ANTE EL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

La ausencia de una norma procesal da lugar a que sea la praxis la que perfile las notas elementales del procedimiento, lo cual no deja de ser llamativo. En este sentido ya las *Previsiones de la Presidencia del Tribunal Supremo*, de 8 de octubre de 1981 se enfrentaron a este problema, proponiendo como solución la remisión a los principios generales del derecho y, en definitiva, a una tramitación que respete los elementales derechos de defensa y audiencia; y junto a ello una singular llamada a la celeridad en la respuesta en atención a los derechos en juego y a la realidad de las situaciones que genera el paso del tiempo, que en este caso cobra un especial significado.

La sumariedad debe caracterizar el procedimiento ante el juez de vigilancia penitenciaria, entendida como agilización y rapidez, dada la urgencia y trascendencia de las decisiones que se adoptan en tal ámbito, siempre referidas a la privación de libertad⁸⁴. Proporcionalidad de trámites, tanto respecto a la índole de las medidas, como a su eficacia, al estar encaminadas a dilucidar con prontitud las cuestiones planteadas⁸⁵.

En este sentido, MARTÍN DIZ⁸⁶ considera que el procedimiento debe enmarcarse en el respeto y perfecta compatibilidad con los fines constitucionales, por lo cual habrá de procurar la resolución de las incidencias que resultan en la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad y que redundan en el logro de la reeducación y rehabilitación social del penado cara a su reingreso en la sociedad. Aunque la ejecución de la pena

⁸³ MARCOS MADRUGA, F. de. “Sobre la fijación de un plazo de estudio de los permisos penitenciarios: a propósito de la STS 352/2023, de 11 de mayo, dictada en unificación de doctrina”, *Diario La Ley*, nº 10314, 2023.

⁸⁴ GONZÁLEZ CANO, M.I. *La ejecución de la pena privativa...* op. cit., p. 381.

⁸⁵ ALONSO DE ESCAMILLA, A. *El juez de vigilancia...* op. cit., p. 124.

⁸⁶ MARTÍN DIZ, F. *El juez de vigilancia penitenciaria: garante de los derechos de los reclusos*. Granada. 2002, pp. 228-229.

se incardine en el Derecho Penitenciario, ello no es óbice para que, por su intensa vinculación con el proceso penal, tome como referencia los principios constitucionales y legales que informan la actuación procesal y procedimental puramente penal. En consonancia con el art. 120.2 CE, entendería como características del procedimiento, en primer lugar, ser público, con las limitaciones propias de la seguridad del centro, del propio interno y del tratamiento; en segundo lugar, ser eminentemente oral, en orden a garantizar la intermediación y concentración, al tiempo que una mayor proximidad a la realidad penitenciaria del recluso; y, por último, ser respetuoso con las garantías del art. 24 CE⁸⁷.

BENÍTEZ YEBENES⁸⁸ propondría, en orden a potenciar los principios de oralidad, concentración e intermediación, un procedimiento al modo del juicio verbal por delitos leves, que podría tener lugar en la sede del juzgado o bien durante las visitas a los establecimientos penitenciarios, si bien reconoce la difícil materialización de su propuesta.

Los postulados antes mencionados, sin embargo, solo son recogidos parcialmente en la práctica. La publicidad, por la propia naturaleza del medio y los asuntos sometidos a consideración, en los cuales se maneja muchas veces datos especialmente sensibles, en tanto referidos a la intimidad del interno, es muy limitada⁸⁹. La oralidad, más allá de las entrevistas con los

⁸⁷ El art. 24 CE comprendería la tutela judicial efectiva —acceso al procedimiento, motivación de las resoluciones, ejecución y cumplimiento de lo resuelto y posibilidad de impugnación—; procurar la no indefensión de quienes ostenten un interés legítimo; garantizar la asistencia de letrado y el derecho de defensa; la fijación del juez ordinario predeterminado por la ley; asegurar el conocimiento de las actuaciones por los interesados; promover y procurar un procedimiento rápido y sencillo; utilizar los medios de prueba pertinentes; y evitar actuaciones que vulneren la presunción de inocencia o impliquen la confesión de culpabilidad en las incidencias que puedan surgir. MARTÍN DÍZ, F. *El juez de vigilancia penitenciaria: garante de los derechos de los reclusos*. Granada. 2002, pp. 230-232.

⁸⁸ BENÍTEZ YEBENES, R. *El procedimiento de actuación ante los órganos de la jurisdicción de vigilancia penitenciaria*. Madrid, 2017, p. 427.

⁸⁹ Así, por ejemplo, la invocación de tal principio con referencia al proceso disciplinario penitenciario ha sido rechazado en la STC 192/1987, de 2 de diciembre (RTC 1987\192)(ROJ: STC 192/1987 - ECLI:ES:TC:1987:192) que considera que el art. 24.2 CE no es aplicable en su integridad en esta clase de procedimientos, haciéndose una especial referencia a la particularidad del régimen penitenciario, “cuyas características de sistema de privación de libertad, regido por un principio de disciplina indispensable para el mantenimiento del orden dentro del establecimiento carcelario, justifican el carácter no abierto al público de las sesiones de audiencia que la Junta celebre en tramitación de los procedimientos sancionadores”.

El art. 18 de *Proyecto de Ley Orgánica reguladora del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria* recogía, del propio modo, un principio de publicidad limitada que, más allá de las partes, solo alcanzaba a las personas o instituciones que acreditaran un interés legítimo, previa declaración judicial expresa al efecto, con audiencia del interno y del Ministerio Fiscal.

internos al amparo del art. 76.2 h LOGP, la posibilidad de formular quejas verbalmente de los arts. 50 LOGP (a sensu contrario) y 53.1 RP y la posibilidad de formular verbalmente el recurso frente al acuerdo sancionador ex art. 248 RP, está desechada⁹⁰.

Las garantías del art. 24 CE en aspectos tales como la tutela judicial efectiva, el acceso a las actuaciones, la proscripción de la indefensión, la celeridad de las actuaciones y el respeto de la presunción de inocencia, se recogen ampliamente en la actuación del juzgado de vigilancia penitenciaria.

Especial consideración ha de hacerse, sin embargo, del derecho a utilizar los medios de prueba en dos ámbitos, el acceso al expediente personal del interno y la proposición de prueba en el recurso frente a los acuerdos disciplinarios. Por lo que a la primera cuestión se refiere, el expediente personal puede contener datos (sirva de ejemplo, los informes psicológicos) que, de tener acceso el interno a él, puede verse afectada la aplicación del tratamiento penitenciario, dando lugar a una conducta manipuladora por parte del penado. Por ello, es posible denegar esta prueba al interno, si bien no cabe una respuesta genérica, antes bien ha de ser pormenorizada, especificándose en qué medida se toma tal decisión desfavorable por afectar o ser perturbadora para el desarrollo de los programas treatmentales⁹¹.

En cuanto a la posibilidad de formular pruebas ante el juez de vigilancia penitenciaria en los recursos en materia disciplinaria, el art. 248.b RP limita tal posibilidad a las denegadas por el instructor del expediente —hay que entender también admisibles aquellas que, admitidas, no se han practicado—; restricción probatoria que no afecta el derecho de defensa, que no es más que una opción legal⁹².

La asistencia letrada, la posibilidad de instar la designación de oficio, como ya se ha expuesto anteriormente, se limita, por regla general, a los supuestos de formulación de los recursos de apelación.

El modo de proceder o actuación de los juzgados de vigilancia penitenciaria viene dado por el origen del asunto. Cuando se trata de las daciones

⁹⁰ En este sentido el procedimiento diseñado en el *Proyecto de Ley Orgánica reguladora del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria* era eminentemente escrito en orden al planteamiento de las pretensiones, peticiones, quejas y recursos, si bien la actividad probatoria, informes, audiencias y alegaciones, parece que revisten forma oral, estando presidida tal actividad por el principio de inmediación. En GONZÁLEZ CANO, M.I. "Perspectivas de futuro sobre el juez de vigilancia penitenciaria... op. cit., p. 487.

⁹¹ En este sentido, la STC 164/2021, de 4 de octubre (ROJ: STC 164/2021 - ECLI:ES:TC:2021:164).

⁹² Sobre tal cuestión se pronuncian las SSTC 74/1985, de 18 de junio y 157/2000, de 12 de junio (ROJ: STC 157/2000 - ECLI:ES:TC:2000:157).

de cuenta de actos restrictivos de derechos adoptados por la Administración, la resolución declarándolos ajustados o no, se dicta previa audiencia del Ministerio Fiscal, quedando abierta así la posibilidad de recurso por parte del interno.

En otras ocasiones, el origen del asunto está en una propuesta de la Administración (permisos de salida a instancia de la Junta de Tratamiento, art. 117 RP, art. 100.2 RP, libertades condicionales...). Del propio modo, tras la audiencia del Ministerio Fiscal, resuelve el juez de vigilancia penitenciaria.

Por último, cuando se trata de cuestiones que se inician a instancia del interno, bien sea una petición o queja o un recurso, tras recabar el informe correspondiente de la Administración, se resuelve previa audiencia del Ministerio Fiscal.

Cabe en estos asuntos proponer prueba, sobre cuya pertinencia ha de pronunciarse el órgano judicial, previamente a la resolución.

Sobre la posibilidad de adopción de medidas cautelares en el procedimiento ante el juez de vigilancia no hay la más elemental regulación. Pero, a pesar de ello, dada la especial celeridad en el funcionamiento de estos órganos, tal ausencia no genera en la práctica mayores problemas, pues la resolución de fondo se dicta con especial premura.

VIII. EFECTO DE COSA JUZGADA DE LAS RESOLUCIONES DEL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

Aunque no hay normas específicas regulando los efectos de las resoluciones del juez de vigilancia penitenciaria sobre los ulteriores asuntos que puedan plantearse, la cosa juzgada, la jurisprudencia constitucional⁹³ ha abordado tal cuestión, distinguiendo dos supuestos. Por un lado, deben considerarse aquellas resoluciones que afectan al *status* de los internos, las cuales quedan plenamente cubiertas por las exigencias del principio de la intangibilidad de las resoluciones judiciales —sirva de ejemplo, el reconocimiento de un abono de prisión preventiva o la resolución sobre un recurso en materia disciplinaria—; y, por otro, los pronunciamientos que no crean estado, por referirse a cuestiones contingentes, que se agotan con su propio cumplimiento —así, el pronunciamiento sobre la tenencia de un ordenador—.

⁹³ Las SSTC 67/1991, de 17 de marzo (ROJ: STC 67/1991 - ECLI:ES:TC:1991:67) y 140/2002, de 3 de junio (ROJ: STC 140/2002 - ECLI:ES:TC:2002:140), abordan tal cuestión.

IX. LOS RECURSOS FRENTE A LA ACTUACIÓN DEL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

1. INTRODUCCIÓN

La DA 5ª LOPJ aborda la regulación de los recursos frente a las resoluciones del juez de vigilancia penitenciaria, normativa que no puede ser, a pesar de haber sido objeto de sucesivas reformas, más desafortunada. Clara prueba de tal afirmación son los numerosos pronunciamientos jurisprudenciales sobre ella, tanto sobre la delimitación de las materias que en ella se hace referencia, como en cuanto a los efectos del recurso.

El legislador español, a diferencia de otros ordenamientos, en los cuales se crea una jurisdicción única⁹⁴, opta por un modelo dual, que no responde sino a una seria desconfianza en la labor del juez de vigilancia penitenciaria⁹⁵, confiándose, en coincidencia con el planteamiento del Tribunal Supremo⁹⁶, en que es el sentenciador el que está en mejor posición para la defensa de su condena.

Por ello, cuando se trata de cuestiones que afectan a la ejecución, va a ser el sentenciador el que va a tener la última palabra en caso de recurso, pues es el llamado a resolverlo como órgano de apelación.

No deja de ser llamativa esta conformación, que diluye, seguramente de forma intencionada, la idea de especialización orgánica en este momento del proceso, la ejecución de la condena, dando como consecuencia, además, la dispersión interpretativa, pues se designa como órgano de segunda instancia a la pléyade de órganos unipersonales y colegiados que conforman la jurisdicción penal.

De este modo, audiencias provinciales, juzgados de lo penal e incluso juzgados de instrucción, pueden resolver los recursos frente a las decisiones del juez de vigilancia —*v. gr.* el cuestionamiento de una declaración de incumplimiento en la pena de trabajos en beneficio de la comunidad— lo cual no deja de ser paradójico.

⁹⁴ *Vid.* Italia o Francia. En MARCOS MADRUGA, F. de. *El juez de vigilancia penitenciaria...* op. cit., pp. 116-129 y 135-141.

⁹⁵ MARCOS MADRUGA, F. de. *El juez de vigilancia penitenciaria...* op. cit., pp. 211-220.

⁹⁶ Así se recoge expresamente en el ATS de 22 de julio de 2020 (ROJ: ATS 5672/2020 - ECLI:ES:TS:2020:5672A) (*asunto Procés*).

2. RECURSO DE REFORMA

De la DA 5ª LOPJ, en una primera lectura, podría concluirse que solo cabe el recurso de reforma frente a los *autos* del juez de vigilancia penitenciaria, pues no se hace referencia alguna a las providencias, planteamiento que no tiene mucho sentido, de ahí que, en consonancia con las normas generales de la LCRIM, deba entenderse el enunciado como comprensivo de aquellas⁹⁷.

En apoyo de este criterio LÓPEZ BARJA DE QUIROGA⁹⁸ da dos argumentos. Por un lado, desde antiguo, se viene manteniendo que lo principal es la materia y no la forma, por lo cual, si, en atención a la materia, la resolución debió adoptar la forma de auto, aunque su redacción sea la de una providencia, tal resolución es recurrible. Y, en segundo lugar, el art. 141 LCRIM establece que adoptará la forma de auto “la reposición de alguna providencia, la denegación de la reposición” y el art. 238 LCRIM que el “recurso de reforma que se entable contra cualquier resolución de un Juez de Instrucción”; enunciados que llevarían a la generalidad de la doctrina y la práctica judicial a entender que cabe el recurso de reforma contra las providencias. Razonamiento que se completaría con la referencia que hace el art. 241.1 b LOPJ a que “las resoluciones de los Jueces y Tribunales que tengan carácter jurisdiccional se denominarán: b) Autos, cuando decidan recursos contra providencias...”.

3. RECURSO DE APELACIÓN

La DA 5ª LOPJ, a la hora de abordar la tramitación del recurso de apelación, se remite a la normativa del procedimiento abreviado contra los autos regulado en la LCRIM, art. 766, por lo cual el plazo para su interposición es de cinco días.

La determinación del órgano *ad quem* toma como referencia la materia sobre la que verse el recurso, esto es, ejecución de penas o las demás cuestiones cuyo conocimiento corresponde al juzgado de vigilancia penitenciaria.

Ya se señaló en el epígrafe relativo a la configuración del juzgado de vigilancia penitenciaria, jurisprudencialmente se considera ejecución la clasifi-

⁹⁷ Los actuales *Criterios de actuación de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria*, texto actualizado en Granada en octubre de 2023, no contienen referencia alguna a esta cuestión que, en la actualidad, al seguirse una interpretación amplia, no es conflictiva.

⁹⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. “Recursos contra las decisiones... op. cit., p. 156.

cación penitenciaria⁹⁹, la aplicación del régimen de flexibilidad del art. 100.2 RP¹⁰⁰ y la aplicación del 86.4 RP —tercer grado con control telemático—¹⁰¹; ámbito que habría que completar con las decisiones en materia de libertad condicional y sobre la exoneración del periodo de seguridad en los supuestos de los arts. 36 y 78 CP. Pero se excluyen de este concepto los pronunciamientos relativos a los permisos penitenciarios¹⁰², que se encuadran, en lo que podemos denominar cumplimiento.

Fuera de lo estrictamente penitenciario, aunque competencia de del juez de vigilancia, es ejecución también la aplicación del art. 60 CP y el control del cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

De los recursos de apelación frente a las resoluciones del juez de vigilancia penitenciaria en materia de ejecución de penas conoce el sentenciador, sea órgano colegiado o unipersonal¹⁰³.

De los recursos de apelación frente a las resoluciones del juez de vigilancia penitenciaria en las restantes cuestiones conoce la audiencia provincial del lugar donde esté ubicado el centro penitenciario al que se refiera el asunto.

En el caso de Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, de los recursos de apelación frente a sus resoluciones conoce la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

No cabe formular recurso de apelación frente a aquellas resoluciones del juez de vigilancia penitenciaria dictadas resolviendo *un recurso de apelación contra resolución administrativa*; enunciado que no deja de ser equívoco, pues la mayoría de las veces la actuación del órgano judicial suele venir precedida de una actuación de la Administración, frente a la cual se muestra el desacuerdo.

⁹⁹ En este sentido, el Acuerdo del Pleno de la Sala lo Penal del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2002; la STS 671/2002, de 9 de julio (ROJ: STS 5111/2002 - ECLI:ES:TS:2002:5111); y el ATS de 8 de septiembre de 2021 (ROJ: ATS 10922/2021 - ECLI:ES:TS:2021:10922A).

¹⁰⁰ Cuestión abordada en los AATS de 22 de julio de 2020 (ROJ: ATS 5672/2020 - ECLI:ES:TS:2020:5672A); y de 4 de diciembre de 2020 (ROJ: ATS 1141/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1141A) (*asunto Procés*).

¹⁰¹ Sobre la naturaleza del régimen de vida del art. 86.4 RP se pronuncian los AATS de 25 de mayo de 2021 (ROJ: ATS 7228/2021 - ECLI:ES:TS:2021:7228A); y de 8 de septiembre de 2021 (ROJ: ATS 10922/2021 - ECLI:ES:TS:2021:10922A).

¹⁰² A los permisos se refieren, *obiter dicta*, las SSTS 965/2022, de 15 de diciembre (ROJ: STS 4621/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4621) y 966/2022, de 15 de diciembre (ROJ: STS 4660/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4660).

¹⁰³ Tras una postura vacilante al respecto, ATS 14 de junio de 2005 (ROJ: ATS 18768/2005 - ECLI:ES:TS:2005:18768A), definitivamente se fija el criterio en el ATS de 2 de febrero de 2011 (ROJ: ATS 932/2011 - ECLI:ES:TS:2011:932A).

La interpretación mayoritaria en estos casos suele decantarse por la admisibilidad del recurso, aunque se cuestione esa decisión administrativa previa, si bien no siempre es así, pues hay alguna audiencia provincial que no admite el recurso de apelación en materia de permisos¹⁰⁴.

En el cuestionamiento de la actividad sancionadora, no se admite el recurso de apelación, pues se considera que se trata de cuestiones en las que resuelve el juez de vigilancia *en apelación* frente a una decisión administrativa y, por ello, exceptuadas de tal mecanismo impugnatorio, conforme a la DA 5ª LOPJ¹⁰⁵.

Como excepción en materia disciplinaria, cabe recurso de apelación frente al auto del juez de vigilancia aprobatorio de la sanción de aislamiento en celda de más de catorce días. Conviene, no obstante, hacer una puntualización con referencia al alcance del eventual recurso de apelación en este caso. Si se trata del auto aprobatorio de la sanción que nace de un único expediente —o de hechos que deberían verse en uno—, el pronunciamiento judicial tiene carácter constitutivo, luego el recurso de apelación es de pleno conocimiento, tanto en lo fáctico, como en lo jurídico. Ahora bien, cuando la intervención judicial lo es en orden a la aprobación de un cumplimiento de sanciones que individualmente no alcanzan los catorce días, en este caso, las sanciones ya existen, sin necesidad del pronunciamiento judicial, con lo cual el auto aprobatorio lo es a los solos efectos de supervisar el cumplimiento, con lo cual el recurso de apelación tiene aquí un contenido limitado, los aspectos de la ejecución de la sanción y no los referentes a su nacimiento¹⁰⁶.

La interposición del recurso de apelación no produce efectos suspensivos, salvo frente a las resoluciones en materia de clasificación y libertad condicional, cuando se trata de condenas por delitos graves, que no son ejecutivas sino con su firmeza¹⁰⁷; efecto que se proyecta a los actos de la

¹⁰⁴ *vid.* SSTC 114/2004, de 12 de julio (ROJ: STC 114/2004 - ECLI:ES:TC:2004:114), y 227/2005, de 12 de septiembre (ROJ: STC 227/2005 - ECLI:ES:TC:2005:227), en las que se cita la práctica de la AP Toledo.

¹⁰⁵ La corrección de esta interpretación se ha abordado en las SSTC 186/1993, de 7 de junio (ROJ: STC 186/1993 - ECLI:ES:TC:1993:186); 109/1987, de 19 de junio (ROJ: STC 109/1987 - ECLI:ES:TC:1987:109); 160/1993, de 17 de mayo (ROJ: STC 160/1993 - ECLI:ES:TC:1993:160); 322/1993, de 12 de noviembre (ROJ: STC 322/1993 - ECLI:ES:TC:1993:322); 199/1994, de 4 de julio (ROJ: STC 199/1994 - ECLI:ES:TC:1994:199); 128/1998, de 16 de junio (ROJ: STC 128/1998 - ECLI:ES:TC:1998:128); y 20/2009, de 26 de enero (ROJ: STC 20/2009 - ECLI:ES:TC:2009:20).

¹⁰⁶ MARCOS MADRUGA, F. de. *El juez de vigilancia penitenciaria...* op. cit., pp. 546-550.

¹⁰⁷ Cuestión resuelta en las SSTS 965/2022, de 15 de diciembre (ROJ: STS 4621/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4621); 966/2022, de 15 de diciembre (ROJ: STS 4660/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4660).

Administración de esas mismas características (clasificación en tercer grado, aplicación art. 86.4 RP).

Frente a la inadmisión a trámite del recurso de apelación, decisión que adopta, en su caso, el órgano *a quo*, que es ante el que se interpone, el juez de vigilancia penitenciaria, cabe interponer el recurso de queja, que se rige en su tramitación por las reglas generales previstas en la LCRIM, al no recoger la DA 5ª LOPJ especialidad alguna.

4. RECURSO DE CASACIÓN EN UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

La ley LO 5/2003, 27 de mayo, añade un apartado que, luego con la LO 7/2003, de 30 de junio, pasa a ser octavo de la DA 5ª LOPJ, en el cual se introduce en materia penitenciaria el recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Este mecanismo impugnatorio cabe frente a los autos de las audiencias provinciales y, en su caso, de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, resolviendo recursos de apelación que no sean susceptibles de casación ordinaria.

Precisamente en los asuntos que tienen por objeto el abono de la prisión preventiva o medidas cautelares del art. 58.2 CP, esto es, en causa distinta, competencia de la jurisdicción de vigilancia, no se admite la casación ordinaria, antes bien, el cauce procedente es el recurso en unificación de doctrina¹⁰⁸; y ello a diferencia de los supuestos del art. 58.1 CP, abono a la propia causa, competencia por ello del sentenciador, en los cuales el recurso de casación que cabe es el ordinario.

La finalidad del recurso de casación en unificación de doctrina¹⁰⁹, es asegurar la unidad del orden normativo jurídico-penal, en materia penitenciaria, para tutelar una aplicación de las normas que garanticen óptimamente el derecho de igualdad; lo cual no significa que el Tribunal Supremo tenga que necesariamente decantarse por una u otra doctrina legal aplicada en la instancia, sino que puede resolver también mediante una tercera interpretación, declarando que esa es la interpretación del precepto legal cuestionado y la doctrina legal que resulta aplicable.

¹⁰⁸ Así lo establecen la STS 768/2013 de 26 septiembre (ROJ: STS 4999/2013 - ECLI:ES:TS:2013:4999); y los AATS 88/2023, de 12 de enero (ROJ: ATS 890/2023 - ECLI:ES:TS:2023:890A) y 143/2023, de 26 de enero (ROJ: ATS 1204/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1204A).

¹⁰⁹ La SSTS 105/2016, de 18 de febrero, (ROJ: STS 609/2016 - ECLI:ES:TS:2016:609) y 541/2016, de 17 de junio, (ROJ: STS 2934/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2934), entre otras, aborda cual es el objetivo de este recurso en materia penitenciaria.

La tramitación es la misma prevista en la LCRIM para el recurso de casación ordinario, con las particularidades que de su finalidad se deriven.

Son requisitos de este recurso¹¹⁰:

- a) La identidad del supuesto legal de hecho.
- b) La identidad de la norma jurídica aplicada.
- c) La contradicción entre las diversas interpretaciones de dicha norma.
- d) La relevancia de la contradicción para la decisión de la resolución recurrida.

El recurso de casación para la unificación de la doctrina en el ámbito penitenciario:

- a) No es una tercera instancia.
- b) Han de respetarse siempre los presupuestos fácticos fijados por el Tribunal a quo.
- c) No cabe apreciar contradicción en la aplicación de la norma: i) cuando ello dependa de comportamientos individualizados, informes o diagnósticos personales y ii) cuando las decisiones judiciales respeten el margen de discrecionalidad que la propia norma establezca o permita.

No pueden cuestionarse los propios hechos que se hayan declarado probados o sobre los cuales se haya aplicado el derecho penitenciario, quedando eliminado cualquier intento de controversia que sobre los mismos pretendan las partes suscitar.

El objeto de este recurso es exclusivamente la doctrina aplicada por los órganos jurisdiccionales, para lo que habrán de concurrir dos requisitos: uno, de identidad de supuesto legal de hecho y de fundamentación jurídica, y otro de contradicción en la aplicación de la doctrina legal por los órganos judiciales de procedencia.

Están legitimados para su interposición el Ministerio Fiscal y el letrado del penado. Pero también, por aplicación del art. 13 de la Ley 41/2014, de 27 de abril, del *Estatuto de la víctima del delito*, la víctima en tales supuestos.

Como característica propia de la casación en unificación de doctrina, la sentencia que se dicte no afecta a las situaciones jurídicas creadas por resoluciones precedentes a la impugnada, no siendo una tercera instancia

¹¹⁰ En tal sentido el ATS 938/2022, de 27 de octubre (ROJ: ATS 15708/2022 - ECLI:ES:TS:2022:15708A), que recoge el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, celebrado el día 22 de julio de 2004.

ante la cual las partes pretendan hacer valer de nuevo sus pretensiones divergentes.

X. CONCLUSIÓN

La creación de la figura del juez de vigilancia penitenciaria no ha venido acompañada de lo que debería ser su lógico complemento, el procedimiento de actuación ante él, de modo que ha sido la realidad de su puesta en marcha y el día a día en su funcionamiento, la necesidad, por tanto, quien ha dado respuesta a tan crucial situación. No se vislumbra en el panorama legislativo el más elemental interés en suplir tal carencia.

Ante la ausencia de norma, se ha tenido que recurrir a los principios generales del derecho inspiradores del Derecho Procesal Penal y, con tal referencia, perfilar un procedimiento, sus líneas generales, si bien adaptándolos a las particulares características del Derecho Penitenciario. La realidad carcelaria impone modulaciones en aquellos, en aspectos tales como la oralidad o la publicidad de las actuaciones y el acceso a los medios de prueba, principios que pueden verse limitados, los dos primeros por razones de seguridad y buen orden regimental y, el tercero, por el tratamiento penitenciario.

Sin embargo, con relación a otros principios, no hay motivo que justifique su restricción, de modo que se reconocen plenamente en la praxis forense. Es el caso de la tutela judicial efectiva, la proscripción de la indefensión, el principio de defensa, la especial celeridad del procedimiento y la presunción de inocencia.

Quedan, sin embargo, espacios de penumbra en el procedimiento que afectan a la seguridad jurídica. En tal sentido, la ausencia, por regla general, ante el silencio de la ley, de unos plazos indubitados de impugnación de las decisiones administrativas ante el juez de vigilancia.

Pero con relación a los recursos frente a las decisiones del juez de vigilancia penitenciaria, tampoco a DA 5ª LOPJ, a pesar de haber sido objeto de sucesivas reformas, da una solución satisfactoria, siendo una fuente de conflictos, que ha dado lugar a múltiples pronunciamientos por parte del Tribunal Supremo; véase en tal sentido la delimitación del concepto ejecución en orden a la determinación del órgano *ad quem* en el recurso de apelación, cuando no el efecto suspensivo de los recursos en tal materia.

En la situación actual, gracias a los *Criterios de los jueces de vigilancia penitenciaria*, hay una cierta uniformidad en el funcionamiento de esta clase

de juzgados. Pero estos *criterios* no son la respuesta que exige la seguridad jurídica y el principio de legalidad, siendo imprescindible que, de una vez por todas, se apruebe una ley de procedimiento; sin perjuicio de que en tal texto deberían consagrarse gran parte de aquellos, en la certeza de que son y han sido un medio eficaz de desarrollo de la función de garante de los derechos de las personas privadas de libertad y de órgano penal de ejecución que es el juez de vigilancia penitenciaria.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO DE ESCAMILLA, A. *El juez de vigilancia penitenciaria*. Madrid 1984.
- BELEZA DOS SANTOS, J. “El Juez de ejecución de las penas en Portugal”. *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*. mayo-junio, 1956, nº 122.
- BENÍTEZ YEBENES, R. El procedimiento de actuación ante los órganos de la jurisdicción de vigilancia penitenciaria. Madrid, 2017.
- BUENO ARÚS, F. *Estudios penales y Penitenciarios*. Madrid, 1981.
- BUENO ARÚS, F. “Estudio Preliminar”. La reforma penitenciaria española: textos y materiales para su estudio, Madrid 1981.
- BUENO ARÚS, F. “El Juez de Vigilancia Penitenciaria y los derechos de los penados”. *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. nº 4, 1987.
- CANO MATA, A. “La actividad administrativa penitenciaria y su fiscalización por el Juez de vigilancia”, *Revista de Administración Pública*, nº 95, 1981.
- CERVELLÓ DONDERIS, V. “Individualización garantista en el ejercicio de la discrecionalidad penitenciaria”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019.
- CUELLO CALÓN, E. “La intervención del Juez en la ejecución de la pena”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 6, Fasc/Mes 2, 1953.
- CUELLO CALÓN, E. *La moderna penología*. Barcelona, 1958.
- CUERDA RIEZU, A. “El concurso real y la acumulación de penas en la Sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero, relativa al caso Henri Parot. Observaciones legales y constitucionales”. *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, nº 7, 2006.
- GARCÍA VALDÉS, C. *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*. Madrid, 1982.
- GARCÍA VALDÉS, C. “«Que cuarenta años no es nada»: Derecho Penitenciario español, antecedentes y Ley General Penitenciaria”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019.
- GONZÁLEZ CANO, M.I. “Perspectivas de futuro sobre el juez de vigilancia penitenciaria y la ejecución de la pena privativa de libertad: Aproximación al proyecto de ley or-

- gánica reguladora del procedimiento ante los juzgados de vigilancia penitenciaria”. *Poder Judicial*, nº 49, 1998.
- GONZÁLEZ CANO, M.I. La ejecución de la pena privativa de libertad. Valencia, 1994.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. “Recursos contra las decisiones del juez de vigilancia penitenciaria”. *Poder Judicial*, nº extra 3, 1988.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “El Juez de Vigilancia”. *Lecciones de Derecho Penitenciario*. nº 5, Universidad de Alcalá, 1985.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “Naturaleza de la Jurisdicción de Vigilancia: Aspectos procesales y administrativos”. *Revista de Estudios Penitenciarios*, extra 1, 1989.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “Apuntes de urgencia sobre la sentencia del Tribunal Supremo en relación con el denominado caso *Parot*”. *Diario La Ley*, nº 6443, 2006.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “El abono de las medidas cautelares en la duración de las penas”. *Diario La Ley*, nº 8293, 2014.
- MARCOS MADRUGA, F. de. El juez de vigilancia penitenciaria y su marco competencial específico. Una guía de actuación ante los juzgados de vigilancia penitenciaria, Navarra, 2023.
- MARCOS MADRUGA, F. de. “Sobre la fijación de un plazo de estudio de los permisos penitenciarios: a propósito de la STS 352/2023, de 11 de mayo, dictada en unificación de doctrina”, *Diario La Ley*, nº 10314, 2023.
- MARTÍN DIZ, F. *El juez de vigilancia penitenciaria: garante de los derechos de los reclusos*. Granada. 2002.
- MATA Y MARTÍN, R.M. *Fundamentos del Sistema Penitenciario*, Madrid: Tecnos, 2016.
- MATA Y MARTÍN, R.M. “Aproximación a la evolución histórica de la intervención judicial en la ejecución de la pena privativa de libertad”. *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*. Tomo II. coord. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. Navarra, 2018.
- MATA Y MARTÍN, R.M. “La pena y su ejecución: la integración del Derecho Penitenciario en el sistema penal”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol.145, año 26, São Paulo, julio, 2018.
- MATA Y MARTÍN, R.M. “Tercer grado. ¿sin clasificación?, ¿sin reinserción?, ¿sin ley? La ejecución penal sin ingreso en centro penitenciario”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LXXV, 2022.
- MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed. Barcelona, 2008.
- MORAL GARCÍA, A. del. “La última expansión de las competencias de los Jueces de Vigilancia penitenciaria (Ley Orgánica 15/2003 de modificación del Código Penal)”. *Jueces para la democracia*, nº 58, 2007.
- NISTAL BURÓN, J. “Unificación de doctrina en materia penitenciaria sobre la disposición adicional 5ª.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (A propósito, de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 965/2022 de fecha 15/12/2022)”. *Diario La Ley*, Nº 10219, 2023.

- PEITEADO MARISCAL, P. *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad*. Madrid, 2000.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Curso de Derecho Penal*. Tomo I. Madrid, 1963.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A. “Modernos aspectos de las instituciones penitenciarias iberoamericanas”. *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 165, abril-junio, 1964.
- RACIONERO CARMONA, F. “La norma reguladora del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria”. *Derecho Penitenciario II. Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid, 2003.
- RÖDER, C.D.A. *Estudios sobre Derecho penal y sistemas penitenciarios*. Madrid, 1875.
- RÖDER, C.D.A. *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones. Ensayo crítico preparatorio para la renovación del derecho penal*. (facsimil de la Edición de 1876) Valladolid, 2002.
- ROGRÍGUEZ YAGÜE, C. “El derecho al cumplimiento de la pena en un lugar estable próximo al domicilio”. *Revista General de Derecho Penal*, nº 37, 2022.
- RUIZ VADILLO, E. “Algunas consideraciones sobre la reforma de las penas privativas de libertad”. *Estudios penales y criminológicos*. nº 2, 1977-1978.
- RUIZ VADILLO, E. “Algunas consideraciones sobre la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria. La misión del Fiscal sobre determinadas competencias y sobre el futuro de la Institución”. *Fiscales de Vigilancia Penitenciaria*. Madrid, 1988.
- TÉLLEZ AGUILERA, A. “El control jurisdiccional en el Derecho Penitenciario español”. *Congrés Penitenciari Internacional: La funció social de la política penitenciària*. Barcelona, 2006.
- TÉLLEZ AGUILERA, A. “La necesaria reforma de la Ley Penitenciaria”. *Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*, nº 22, Madrid 2006.

SUCESIÓN DE NORMAS PENALES Y REVISIÓN DE SENTENCIAS. SUPERANDO LOS DESAFÍOS PLANTEADOS POR LA LEY ORGÁNICA 10/2022, DE 6 DE SEPTIEMBRE DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

Succession of criminal rules and review of sentences. Overcoming the challenges raised by Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre de garantía integral de la libertad sexual

PAULA SÁNCHEZ TAMARGO

Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Segovia
p.schez.t@gmail.com

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PROBLEMAS DE DERECHO TRANSITORIO. III. CRITERIOS DE REVISIÓN. IV. EL PLENO DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO. V. PRECISIONES EN TORNO AL CONSENTIMIENTO. VI. LOS FRUTOS DE LA REFORMA. VII. CONCLUSIONES.

Resumen: La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de Libertad sexual nace con el fin de impulsar la prevención de las violencias sexuales y garantizar los derechos de todas las víctimas, si bien, incorpora novedades objeto de controversia, como es la omisión expresa y voluntaria de un particular régimen transitorio. Ausencia ésta que ha propiciado un profundo debate jurídico en torno a los efectos que de ella se derivan y que terminan respondiéndose, como ha puesto de manifiesto nuestro Tribunal Supremo, con la aplicación de los principios generales e informadores del ordenamiento jurídico. Con todo ello, unido a la reciente y veloz publicación de la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, se palpa el desacierto cometido a nivel legislativo.

Palabras clave: Agresión sexual - Consentimiento - Violencia sexual - Género - Víctima - Garantía - Derecho Transitorio - Revisión de penas - Retroactividad - Ley intermedia.

Abstract: Organic Law 10/2022, of September 6, 2022 on the Comprehensive Guarantee of Sexual Freedom was born with the aim of promoting the prevention of sexual violence and guaranteeing the rights of all victims, although it incorporates new developments that seem controversial, such as the express and voluntary omission of a particular transitional regime. This absence has led to a profound legal debate around their effects, which have been resolved, as our Supreme Court has shown,

with the application of the general and informative principles of the legal system. With all this, together with the fast and recent publication of Organic Law 4/2023, of April 27, 2023, the mistake committed at the legislative level is undeniable.

Key words: Sexual assault - Consent - Sexual violence - Gender - Victim - Guarantee - Transitory Law - Penalty review - Retroactivity - Intermediate criminal Law.

Abreviaturas

BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CEDH	Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales
Cfr.	Cónfer. Compárese, consúltese.
Coord.	Coordinador.
GREVIO	Grupo de Expertos en la Lucha contra la Violencia contra la Mujer y Violencia doméstica
Ibid.	Ibidem
Núm.	Número
Op.Cit.	<i>Opere citato</i> . Obra citada
p.	Página
pp.	Páginas
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TUE	Tratado de la Unión Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
Vol.	Volumen.

I. INTRODUCCIÓN

Los delitos contra la libertad sexual, pese haber sido modificados en múltiples ocasiones a lo largo de nuestra historia, siguen suscitando divergencia de opiniones y controversia no solo en el ámbito de la comunidad académica y en la práctica jurídica, sino también en el seno de la sociedad. Tanto es así que, ya desde hace algún tiempo, se venía propugnando por parte de la doctrina la necesidad de reforma de los tipos penales recogidos en el Título VIII del Libro II del Código Penal, con el fin de alinearlos con la opinión pública mayoritaria.

El sentir social generalizado tras una serie de procedimientos penales con nombre propio junto con las exigencias derivadas de organismos internacionales de los que España forma parte cristalizó en la promulgación de Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de Libertad sexual. Norma que nace con el decidido propósito de acometer una reforma de los delitos contra la libertad sexual con el fin de *“impulsar la prevención de las violencias sexuales y garantizar los derechos de todas las víctimas.”*

Con el presente artículo, extractado de un reciente trabajo de fin de máster en el ejercicio de la función jurisdiccional que los noveles jueces desarrollamos a lo largo de nuestra formación en la Escuela Judicial, se pretende exponer y analizar algunas de las novedades introducidas por la precitada norma, en particular, la relativa al ausencia de regulación expresa de régimen transitorio con las consecuencias inherentes a dicha omisión.

Como operadora jurídica, entiendo necesario exponer el escenario legislativo en el que nos encontramos, considerando de suma importancia conocer los principios básicos e informadores de nuestro derecho, pues su respeto permite evitar situaciones jurídicas de indefensión o inseguridad como parecen haberse puesto de manifiesto con la entrada en vigor de la aludida Ley Orgánica 10/2022.

II. PROBLEMAS DE DERECHO TRANSITORIO

Como es sabido, las resoluciones judiciales firmes son inatacables. En este sentido, el artículo 267.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial dispone que *“los tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan”* y este precepto, en relación con los artículos 9 y 24 de la Constitución, es el que consagra el principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales¹.

No obstante, frente a dicha máxima pueden encontrarse diversas excepciones. Así, focalizando en la jurisdicción penal, una de esas excepciones, como manifestación de la idea de justicia, es la previsión a nivel legislativo de un mecanismo extraordinario de revisión de sentencias².

¹ STC 83/2022, de 27 de junio de 2022.

² CARNELUTTI, F. *“Cómo se hace un proceso”*, 2ª edición, Madrid, Editorial Themis, 2012, p. 10: *“Con la condena definitiva cae efectivamente el telón en uno de los teatros de la justicia, pero se alza en otro: el primero se llama tribunal, el segundo penitenciaría”*. Además, añade en p. 48, el siguiente fundamento de la revisión: *“casos extraordinarios idóneos para demostrar que la condena ha sido absolutamente injusta”*

Concretamente, en nuestro ordenamiento penal, este instituto se instaura en el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobado por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.

Además, como segunda excepción a la invariabilidad de las resoluciones judiciales penales firmes, se encuentra en el principio de retroactividad de la ley penal más favorable al reo.

Acerca de esta última cuestión, en el ordenamiento jurídico español, de acuerdo con las exigencias constitucionales prescritas en el artículo 9.3 de nuestra Carta Magna, rige el principio de irretroactividad de la ley penal o sancionadora de carácter desfavorable y ello, a contrario sensu, puede ser interpretado en el sentido de que es posible la retroactividad de aquellas leyes penales que sean favorables puesto que ni el propio artículo 9.3 ni el artículo 25.1 del Texto Fundamental español lo proscriben³.

De hecho, el Código Penal ya reconocía esta posible retroactividad de la ley penal más beneficiosa para el reo en el artículo 24 de su redacción de 1973, esto es, previamente a la Constitución; posibilidad que, igualmente, aparece reconocida y contemplada en el vigente Código Penal pues, tras proclamar en su apartado 1 la prohibición general de la retroactividad, continúa diciendo en su segundo apartado que *“no obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviere cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo...”*

Además de estar recogido en la Constitución y en el Código Penal, este principio de retroactividad beneficiosa de la ley penal aparece igualmente consagrado en textos supranacionales de los que España forma parte, como son el artículo 49 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, el artículo 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, CEDH) y, asimismo, en el artículo 15.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966.

Ahondando ahora en el proceso de revisión de sentencias penales firmes como consecuencia de este principio informador del derecho penal, resulta que nuestro Código Penal contiene un régimen de Derecho Transitorio en el cual aparecen reglas o parámetros sobre el modo de proceder para aplicar

³ STC (Sala 2ª), de 30 de marzo de 1981. BOE, 14 de abril de 1981, núm. 89. Disponible en línea: <https://www.boe.es/boe/dias/1981/04/14/pdfs/T00006-00009.pdf>

una ley penal más favorable, criterios de revisión de sentencias y, en su caso, adaptación de penas. Régimen transitorio que, como es sabido, se incorporó en el texto de la norma con el fin de regular la aplicación de la ley penal en el tiempo de entrada en vigor de la reforma de ésta en 1995 y que, por tanto, sus previsiones han quedado sin efecto por el propio devenir del tiempo⁴.

Igualmente, ha de tenerse en cuenta que toda Ley de modificación del Código Penal, tras su publicación en 1995, ha seguido la práctica de contener dentro de su articulado determinadas disposiciones cuyo fin concreto ha sido el de delimitar el régimen transitorio que había de ser aplicado para regular la aplicación de la ley penal en el tiempo. De hecho, en las sucesivas reformas del Código Penal que se han ido operando, el legislador ha cuidado de insertar la correspondiente y específica disposición transitoria que detallaba el modo en que Jueces y Tribunales habían de abordar la revisión de sentencias y penas e, igualmente, contenían los criterios hermenéuticos para entender qué se entendía, y que no, por ley más favorable.

Tales reglas transitorias incorporadas en las sucesivas reformas han gozado de un contenido prácticamente idéntico al recogido en las Disposiciones Transitorias Segunda y Quinta del Código Penal de 1995⁵.

Con estas previsiones, se clarificaba el modo de proceder a la revisión de sentencias, despejando las dudas en torno a aquello que debía ser interpretado como más beneficioso al penado.

De esta manera, el criterio general dentro del ordenamiento español ha sido hacer una expresa delimitación entre un escenario “base” o “genérico”

⁴ Así, en su Disposición Transitoria Segunda, prescribe lo siguiente: *“Para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno u otro Código...”* y, a continuación, precisa en la Disposición Transitoria Quinta que los Jueces o Tribunales *“procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable este Código cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo al nuevo Código. Se exceptúa el supuesto en que este Código contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso deberá revisarse la sentencia...”*

⁵ Así, a título de ejemplo, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio y la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ambas de modificación del Código Penal incluían, respectivamente, tres y cuatro disposiciones de derecho transitorio y, en sendas normas, la regla transitoria segunda expresamente señalaba en su primer apartado que *“(...)En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código. Se exceptúa el supuesto en que esta Ley contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso, deberá revisarse la sentencia.”*

en el que se encuentran los artículos 9.3 y 25 de la Constitución y 2 del Código Penal, y otro plano más específico constituido por esas Disposiciones Transitorias que se encargan de delimitar específicamente para la nueva norma de modificación de derecho penal, el régimen que ha de seguirse para solventar los problemas que pueden surgir por la sucesión temporal de normas e integrar así el ordenamiento jurídico en aras del principio de seguridad jurídica; principio éste que tradicionalmente se ha instituido como fundamento de la prohibición de la retroactividad de los delitos y las penas⁶.

Sumado a lo anterior, este principio general de irretroactividad de lo desfavorable y retroactividad de lo favorable ha sido desarrollado por vía jurisprudencial. Ya consolidado e integrado en nuestro ordenamiento jurídico desde los primeros momentos de nuestro país como Estado de Derecho, las Sentencias del Tribunal Constitucional de 30 de marzo de 1981 y 7 de mayo de 1981 apoyaban la existencia de una retroactividad “*a sensu contrario*” de las normas favorables, si bien negando en Sentencia de 6 de julio de 1982 que tal retroactividad pueda aplicarse en su “*grado máximo*”, esto es, que afecte tanto a la relación jurídica base como a los efectos ya producidos, ejecutados y consumados bajo el imperio de la legislación anterior⁷.

También el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto de este principio⁸.

El Alto Tribunal, con apoyo en la doctrina constitucional, ha ido forjando paulatinamente un cuerpo de jurisprudencia, ampliamente aceptado y consolidado en la actualidad que, en síntesis, justifica el principio de retroactividad de la ley penal más favorable en exigencias del principio de justicia, exigencias del principio de necesidad y, asimismo, razones de humanidad.⁹

Circunscribiéndonos a la pena, la doctrina viene entendiendo que el principio de irretroactividad alcanza a la previa determinación legal de aquella y a los diferentes extremos de su fundamentación, agravación o extensión, si bien ha de incluirse dentro de la prohibición de retroactividad de la ley penal cualquier otro requisito que no funcione propiamente como fundamento del delito o de la pena pero que sí incida en ellos, como por ejemplo ocurre con

⁶ Para mayor aproximación a esta idea, *cfr.* COBO DE LA ROSA, M y VIVES ANTÓN, T.S. “*Derecho Penal. Parte General.*” Universidad de Valencia, 1984, p.136., entre otros. También en este sentido, la STC de 16 de julio de 1987.

⁷ Se viene distinguiendo entre retroactividad de grado máximo, medio y mínimo. *Cfr.* STC de 4 de febrero de 1983. BOE núm. 58, de 09 de marzo de 1983. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-T-1983-7290.pdf>

⁸ Por todas, citamos la STS (Sala 2ª) de 2 de junio de 2021.

⁹ *Cfr.* STS (Sala 2ª), de 8 de mayo de 2019.

las excusas absolutorias o las condiciones objetivas de punibilidad, entre otros aspectos¹⁰.

Incluso, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de marzo de 1987 viene a señalar que el principio de irretroactividad ha de ser respetado cuando se produzca la aplicación de medidas restrictivas de derechos que tomen como presupuesto material un delito cometido bajo la vigencia de una norma más beneficiosa, en concreto se pronuncia con objeto de una medida de prisión preventiva.

Asimismo, destaca la jurisprudencia emanada de los Tribunales internacionales, la cual se integra en el ordenamiento jurídico español en base al criterio hermenéutico que contiene el artículo 10.2 de la Constitución. Dentro de estos, se halla el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en relación con el principio de retroactividad de la ley penal favorable ha ampliado y complementado la doctrina nacional existente en el sentido de considerar que no sólo es irretroactiva la ley pena desfavorable sino también la jurisprudencia desfavorable¹¹.

Pese a ser éste el clásico esquema seguido en toda reforma operada en materia penal, lo cierto es que la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre de garantía integral de la libertad sexual ha hecho enmudecer a los operadores jurídicos al no contener expresa previsión y regulación del régimen transitorio que ha de atenderse para adaptar las relaciones jurídicas existentes a las nuevas previsiones normativas.

Aun así, ese silencio nada obsta a la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable al reo, toda vez que las disposiciones de derecho transitorio no pueden desvirtuar el sentido del artículo 2.2 del Código Penal, sino que, su finalidad, en este ámbito, consiste precisamente en complementar el referido principio dando a éste una interpretación genuina¹².

Y este es el sentido en el que nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado en el importante Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional celebrado los

¹⁰ RUIZ ANTÓN, L.F. “EL principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia.” En: Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura, núm..7, 1989, p.159. Disponible en línea: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=819650>

¹¹ STEDH (GS), de 21 de octubre de 2013, asunto 42750/09 *Del Río Prada c. España*.

¹² RUIZ YAMUZA, F.G. “Ley del sólo sí es sí: notas prácticas sobre la revisión de sentencias condenatorias”. En: *Economist & Jurist*, 6 de enero de 2023. Disponible en línea: <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/ley-del-solo-si-es-si-notas-practicas-sobre-la-revision-de-sentencias-condenatorias/>

días 6 y 7 de junio de 2023 acallando así la incertidumbre surgida como consecuencia de la omisión legislativa.

III. CRITERIOS DE REVISIÓN

Partiendo de las anteriores premisas y del nuevo contexto de los delitos contra la libertad sexual, actualmente es menester revisar las penas impuestas por tales delitos de acuerdo con la legislación derogada, para todas aquellas situaciones en las que existan conductas idénticas pero penadas ahora, conforme la nueva redacción, con una pena menor.

Dicho esto, ¿qué criterio ha de ser utilizado para la revisión?

Hete aquí el problema anudado a este silencio de la Ley Orgánica ya que está dando la impresión de que, con dicha omisión en torno a la revisión de sentencias, el legislador no ha atendido, de ningún modo, a la contingencia de una probable y factible revisión de sentencias dictadas o de aplicación de la nueva norma en los casos pendientes de enjuiciar o pendientes de resolver por vía de recurso por entenderla más beneficiosa

Esta laguna propició precisamente desde los primeros momentos de vigencia de la Ley Orgánica 10/2022 un nuevo debate público pues numerosos son los criterios de revisión por los que ha abogado tanto la doctrina como el propio Ministerio de Igualdad, impulsor de la presente reforma: desde la absoluta improcedencia de efectuar la revisión de sentencias ya dictadas hasta posiciones más revisionistas.

Por añadidura, al menos en un primer momento, desde uno de los partidos de la coalición de gobierno, se trasladó a la opinión pública la idea de que el verdadero problema no era el técnico jurídico derivado de la redacción de la ley, sino que, por el contrario, un sector de la Judicatura, al que se identificaba con posiciones retrógradas y conservadoras, trataba de boicotear la reforma¹³.

Finalmente, además de los efectos reseñados, es menester aludir la coyuntura actual propiciada tras el comienzo de vigencia de la Ley Orgánica 4/2023, esto es, la nueva condición de la Ley Orgánica 10/2022 como ley intermedia que es aquella que entra en vigor después de que se comete el

¹³ PÉREZ MECA, A. Podemos respalda a Irene Montero y denuncia que “fachas con toga” tratan de boicotear la Ley del ‘solo sí es sí’. Europa Press/Nacional, 16 de noviembre de 2022. Disponible en línea: <https://www.europapress.es/nacional/noticia-podemos-respalda-irene-montero-denuncia-fachas-toga-tratan-boicotear-ley-solo-si-si-20221116122928.html> [Último acceso: 12 de noviembre de 2023]

hecho, pero con anterioridad al juicio o al total cumplimiento de la condena es sustituida por otra ley posterior. La regla general permite aplicar con retroactividad dicha ley intermedia siempre y cuando la misma sea más favorable para el reo, pero nunca si es más desfavorable.

En todo caso, hoy por hoy, podemos interpretar abiertamente que la modificación de la Ley Orgánica 10/2022 a través de la Ley Orgánica 4/2023 supone un reconocimiento implícito de las consecuencias no deseadas de la reforma de los marcos penológicos que operó aquella norma. Y, además, ha evidenciado la necesidad de corregir los efectos adversos de una Ley en cuya tramitación tal vez no se prestó la atención debida a los informes emitidos por las diferentes instituciones que hubieron de evacuar opiniones y que ya advertían de los efectos que podría tener la modificación de las penas¹⁴.

Definitivamente, como veníamos subrayando, la Ley Orgánica 4/2023 supone la admisión tácita de los frutos indeseados que han germinado gracias a la modificación del sistema de penas operado por su predecesora y al mismo tiempo viene a reconocer la urgencia por subsanar todos sus infortunios habida cuenta la celeridad que ha predominado en su tramitación parlamentaria.

Nuestra visión en torno al dictado de esta última norma es positiva. Entendemos que el legislador ha sido juicioso y, conscientes de los efectos indeseados que acarreó la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, ha reconsiderado su postura y, de forma sensata, opta por recuperar un mecanismo de reprochabilidad penal acorde con el nivel de gravedad de cada delito de agresión sexual.

Curiosamente, el apartado VIII del preámbulo de la precitada norma realiza una suerte de confesión encubierta al indicar en su inciso final que la diversidad de interpretaciones realizadas en recientes reformas del Código

¹⁴ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, 25 de febrero de 2021. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-anteproyecto-de-Ley-Organica-de-Garantia-Integral-de-la-Libertad-Sexual>;

CONSEJO FISCAL. Informe del Consejo Fiscal sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, 2 de febrero de 2021. Accesible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/00f836e0-c5dc-8535-b3da-ffb8fcb83a>;

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. Dictamen sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, 25 de noviembre de 2020. Disponible en: https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_14/spl_24/pdfs/4.pdf

Penal aconseja la introducción expresa de reglas transitorias en virtud del principio de seguridad jurídica:

“...Para la aplicación de las reformas penales contenidas en esta ley a los delitos cometidos antes de su entrada en vigor, las disposiciones transitorias primera, segunda y tercera reproducen las disposiciones transitorias de otras leyes orgánicas destinadas a modificar el Código Penal, como la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, o la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que a su vez se corresponden sustancialmente con las que en su momento estableció el Código Penal de 1995, en su redacción original dada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que son disposiciones que hoy se encuentran vigentes y han sido convenientemente interpretadas por el Tribunal Supremo. Por consiguiente, aun cuando no se estableciera régimen transitorio en esta ley, se llegaría a las mismas conclusiones por aplicación del artículo 2.2 del Código Penal y de la disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. No obstante, la diversidad de interpretaciones realizadas en recientes reformas que afectan al Código Penal aconseja su introducción expresa, conforme al principio de seguridad jurídica garantizado en el artículo 9.3 de la Constitución Española.”

Por tanto, sutilmente se ha querido trasladar la responsabilidad en esta cuestión y el punto de mira se centró en Jueces y Tribunales que se hallan sujetos a lo que la propia norma dispone y no actúan arbitrariamente, en contra de lo que algunos sectores políticos han querido hacer ver, al verter expresiones como “*prevaricadores*” o “*machistas*” hacia los integrantes del Poder Judicial quienes, interpretando, el artículo 2 del Código Penal y la ausencia de Disposición Transitoria, llegan a la tesis de la revisión de sentencias dictadas con anterioridad de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual es indeclinable; posición que, además, es la seguida por el Tribunal Supremo que ha optado por aplicar la nueva ley en los asuntos que estaban pendientes de resolver por recurso de casación¹⁵.

Concretamente, en la STS (Sala 2ª) 930/2022, de 30 de noviembre de 2022, sobre el “*caso Arandina*”, dicho órgano judicial hace alusión a la adecuación de aplicar la nueva ley en caso de resultar más beneficiosa, dejando entrever desde ese momento la línea, pauta o criterio a seguir en torno al principio de aplicación de la ley penal más favorable¹⁶.

¹⁵ STS (Sala 2ª) de 21 de diciembre de 2022, que señala en su Fundamento Jurídico Décimo lo que sigue: “*no se está postulando una sustitución del gobierno de las normas por el gobierno de los Jueces, fruto de un indeseado activismo judicial sino reconocer que desde el principio constitucional que constituye el eje de la legitimación del poder judicial: el sometimiento a la Ley que preceptúa el art. 117 de la Constitución, tal sometimiento lo es desde el respeto y valores de los principios constitucionales que deben inspirar y orientar la aplicación de la legislación penal ordinaria, máxime cuando lo que está en juego es un valor tan relevante como es la libertad individual, y en relación con ello el principio de retroactividad de las leyes favorables.*”

¹⁶ Posteriormente y en el mismo sentido se pronunciaba, entre otras, la STS (Sala 2ª) de 15 de diciembre de 2022.

De hecho, la tesis de la aplicación retroactiva de la ley intermedia más favorable resulta pacífica, pues es doctrina constante del Tribunal Supremo que, si la ley penal intermedia es más favorable que la ley vigente en el momento de comisión del delito y que la vigente en el momento de enjuiciamiento, debe ser aplicada al reo, *“no solamente por razones humanitarias derivadas del principio proclamado en el art. 2.2 del Código Penal, sino que se perjudicaría al reo por razones ajenas a él, como la tardanza en juzgarle, resultando de ese modo en peor situación.”*¹⁷

Tras estas consideraciones sobre la posición actual de la Ley Orgánica 10/2022 como ley intermedia, cabría afirmar que las consecuencias que podemos asociar a la inadecuada omisión de un régimen transitorio pudieran prolongarse más allá de lo esperado en el momento de dictarse premurosamente la Ley Orgánica 4/2023 por cuanto si ésta, analizada en su integridad, no se entiende, en el caso concreto, ley más favorable, la Ley Orgánica 10/2022, por su carácter más benigno, seguirá siendo de aplicación a todos estos supuestos de naturaleza intermedia.

En otras palabras, se divisa un panorama legislativo protagonizado por la presencia de tres diferentes regulaciones de los delitos contra la libertad sexual, lo que supone una potencial problemática en cuanto a su aplicación, si bien es cierto que, en este punto, existen diversas resoluciones judiciales que remarcan la importancia de proceder a aplicar la ley penal intermedia¹⁸.

Dicho lo anterior y, ahondando en la procedencia de revisar las sentencias afectadas por la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, se han podido advertir dentro de la práctica de los Tribunales los siguientes parámetros:

1. EL CRITERIO DE NO REVISIÓN CUANDO LA PENA DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD IMPUESTA FUERA IMPONIBLE TAMBIÉN CONFORME A LA NUEVA NORMA

Para empezar, en línea con nuestra normativa, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial se ha venido afirmando desde antiguo que en caso de que la pena de privación de libertad impuesta al reo antes de la reforma o

¹⁷ Cfr. SSTS (Sala 2ª) de 08 de febrero de 2002, precisamente sobre aplicación de la ley intermedia más favorable en un supuesto de abusos sexuales, 16 de enero de 2009, 16 de junio de 2012, 6 de marzo de 2013, 15 de febrero de 2017, entre otras.

¹⁸ Entre otras, la STS (Sala 2ª) de 1 de junio de 2023 focaliza en el dilema planteado por la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril en relación con la aplicación de un subtipo atenuado que había sido introducido por la ley posterior, mientras para el tipo básico se preveía idéntica penalidad tanto en la redacción anterior como en la posterior de la norma.

modificación legislativa está también prevista en el marco penológico dado en la nueva redacción, no puede haber lugar a la revisión de la sentencia condenatoria.

En este sentido se ha pronunciado la Fiscalía General del Estado en su Decreto de 21 de noviembre de 2022 y, más recientemente, a través de la Circular 1/2023 de, 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre¹⁹.

2. EL CRITERIO TENDENTE A REVISAR LAS SENTENCIAS EN CUMPLIMIENTO O PENDIENTES DE ÉSTE, DE FORMA ABSTRACTA

Con el fin de unificar criterios de actuación, la Audiencia Provincial de Zaragoza optó por proceder únicamente a la revisión de sentencias firmes dictadas en aquellos procesos en los que el penado estuviera cumpliendo la pena o se encontrara pendiente de dicho cumplimiento. Singularmente, ha descartado realizar una nueva individualización de la pena en el proceso de revisión y limitarse a ejecutar un juicio de taxatividad o en abstracto de la disposición más favorable²⁰.

En concreto, dicha postura ha sido acogida por el órgano jurisdiccional siguiendo la doctrina jurisprudencial estatuida por el Tribunal Supremo en desarrollo del principio general de irretroactividad y régimen de revisión de sentencias²¹.

¹⁹ Circular 1/2023 de, 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre. BOE núm. 81, de 5 de abril de 2023, pp. 50498-50552.

²⁰ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, 2022, 22 de noviembre. *“La Audiencia de Zaragoza revisará solo las sentencias contra la libertad sexual que se estén cumpliendo o estén pendientes de cumplimiento.”* Disponible en línea: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Aragon/Oficina-de-Comunicacion/Notas-de-prensa/La-Audiencia-de-Zaragoza-revisara-solo-las-sentencias-contra-la-libertad-sexual-que-se-estenen-cumpliendo-o-estenen-pendientes-de-cumplimiento> [Último acceso: 29 de octubre de 2023].

²¹ En concreto, la STS (Sala 2ª) de 25 de junio de 2012, en cuyo Fundamento Jurídico Tercero puede leerse que: *“Solo cabe considerar más favorable la nueva disposición cuando en ningún caso podría amparar la pena impuesta y siempre determinaría una penalidad inferior. El legislador, con el deseo de reducir las sentencias firmes que han de ser revisadas ha incluido la exclusión del arbitrio judicial.”*

3. EL CRITERIO DE EXCLUSIVA REVISIÓN CUANDO LA PENA IMPUESTA SEA MAYOR QUE EL NUEVO LÍMITE MÁXIMO

Esta es la pauta que, por ejemplo, ha seguido la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, entendiendo que la revisión de sentencias con motivo de la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual sólo ha de tener lugar *“por imperativo legal o cuando existan dudas de que la nueva norma puede favorecer al penado.”*²²

En concreto, sólo prevé la revisión de sentencias que hubieran impuesto, conforme a la legislación antecedente, una pena superior a la pena máxima que la nueva Ley Orgánica contempla para el mismo tipo delictivo.

Y para aquellos supuestos de imposición de la pena mínima legalmente prevista, cuando el umbral mínimo se hubiera visto reducido gracias a la nueva redacción, opta por seguir un criterio absolutamente casuístico, valorando individualmente cada caso.

4. EL CRITERIO DE REVISIÓN “CASO POR CASO”

Algunas Audiencias Provinciales, entre otras, las de Madrid, abogaron por excluir radicalmente la aplicación de las Disposiciones Transitorias 2ª y 5ª del Código Penal e insistieron en aplicar únicamente la previsión de retroactividad de la ley penal más beneficiosa al reo recogida en el artículo 2.2 del Código Penal, señalando para ello la necesidad de analizar caso concreto²³.

Entendemos que el parámetro por el que se optó en el Acuerdo de Unificación de Criterios del Orden Penal para las Audiencias Provinciales de Madrid se acomoda al matiz introducido por el propio Tribunal Supremo dentro de la doctrina jurisprudencial establecida por éste, entre otras y ya

²² CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, 2022, 25 de noviembre. *“La Audiencia de Las Palmas unifica criterios de aplicación de la Ley del ‘solo sí es sí.’”* Accesible: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Canarias/En-Portada/La-Audiencia-de-Las-Palmas-unifica-criterios-de-aplicacion-de-la-Ley-del--solo-si-es-si-> [Último acceso: 29 de octubre de 2023].

²³ Cfr. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. 2022, 25 de noviembre. TSJ Madrid. Actividad del TSJ Madrid. *“Unificación de criterios.”* Junta de Magistrados de las Secciones Penales de 25-11-2022. Disponible en línea: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Madrid/Actividad-del-TSJ-Madrid/Unificacion-de-criterios/> [última visita: 29 de octubre de 2023].

referidas en los párrafos precedentes, en Sentencia de la Sala de lo Penal de 16 de abril del año 2013²⁴.

Como puede observarse, son múltiples y divergentes los estándares de actuación e, incluso si se procede a un examen exhaustivo y pormenorizado de cada una de las resoluciones judiciales en que se aborda la cuestión relativa a la revisión, se pueden apreciar matices dentro de tales criterios.

Por tanto, nos encontramos en un escenario voluble pues la omisión legislativa en torno a la revisión ha afectado, de forma palpable, en el principio de seguridad jurídica.

El criterio mayoritario encabezado por las decisiones del Tribunal Supremo es el que aboga por la revisión, si bien, dentro de la postura pro-revisión aparecen diversos criterios que llevan a soluciones muy distintas en la práctica judicial y que se observa en el proceder de las diferentes Audiencias Provinciales por lo que la cuestión de inseguridad jurídica no termina de extinguirse²⁵.

A nuestro juicio, la postura que más encaje encuentra dentro del ordenamiento jurídico penal es aquella que aboga por descartar la aplicación de las Disposiciones Transitorias Segunda y Quinta de nuestro vigente Código penal habida cuenta del carácter temporal de tales normas, pues tienen por objeto modular o regular las situaciones que pueden entrar en conflicto con ocasión de una determinada sucesión de leyes, pero pasado un período concreto de tiempo, tales normas pierden su razón de ser y, consecuentemente, atendiendo a la desaparición de la situación específica a que se refieren, no pueden ser aplicadas arbitrariamente a cualesquiera situaciones,

²⁴ En particular, en su Fundamento Jurídico Sexto incluía la siguiente modulación: *“En la doctrina de esta Sala, sin embargo, también se ha estimado que el principio de proporcionalidad impone una interpretación menos literal y formalista de la expresada Disposición Transitoria Segunda, que, (...), puede interpretarse en el sentido de que la pena imponible resultante de tal operación de revisión no sea valorada absolutamente en abstracto, sino en concreto, es decir pena que también resulte imponible en el caso enjuiciado, tomando en consideración todos los elementos concurrentes, y teniendo en cuenta el criterio individualizador fijado por el Tribunal sentenciador en la resolución judicial precedente (STS 884/2011, de 22 de julio)...”*

²⁵ Cfr. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. 2022, 28 de noviembre. *“La Audiencia de Navarra no rebajará las condenas cuando las penas impuestas puedan ser imponibles con la nueva ley de libertad sexual. Las dos secciones penales de la Audiencia solo revisarán las sentencias cuando la pena que fue impuesta resulte superior o más grave que la pena máxima contemplada en la nueva ley para dicho delito.”*

Acuerdos adoptados en Junta Sectorial de los Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid, celebrada el 25 de noviembre de 2022, puede leerse: *“Criterios de Revisión de sentencias en ejecución (LO 10/2022). “No aplicación de la DT 2ª y 5ª del CP 1995, de tal forma que, conforme a la previsión del art. 2.2 CP se aplicará siempre la norma más favorable al condenado/a, debiéndose analizar cada caso concreto.”*

ni siquiera por muy afines que éstas sean a aquellas otras que motivaron su dictado puesto que, es importante recordar, en nuestro ordenamiento también opera el principio de prohibición de la analogía en el derecho penal.²⁶

Por tanto, lo más conforme a Derecho, sería, entendemos, acudir a la aplicación del artículo 2 del Código Penal y a la interpretación que de éste ha venido haciendo la Jurisprudencia; sólo así se respetaría la constitucionalidad puesto que sin norma de cobertura que habilite al aplicador del derecho, éste no tiene facultad para destinar una disposición transitoria a la regulación de una situación para la que aquella no ha sido prevista, ello iría en contra del principio de legalidad, de máxima importancia en todo en el Ordenamiento y, máxime, dentro del Derecho Penal.

IV. EL PLENO DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Precisamente, la postura que defendemos es la que genera discrepancias de interpretación en torno al principio de retroactividad de la Ley Penal pues la interpretación que a nivel jurisprudencial que de éste se ha efectuado, tomaba como referencia la existencia de normas de derecho transitorio que introducían limitaciones y especialidades en torno a la sucesión legislativa. Ahora bien, pese a que algunos de estos criterios pueden extrapolarse a la situación actual, es lógico que, ante la ausencia de Disposiciones Transitorias, que normalmente han sido idénticas o afines a las previstas en el propio Código Penal, los Tribunales no quieran realizar una aplicación automática de tales parámetros hermenéuticos pues la situación no es exactamente ni en puridad la misma y, ante todo, debe primar la salvaguarda del principio de seguridad jurídica.

Ahora bien, lo que desde luego queda descartado es la negativa a la revisión puesto que tanto legal como constitucionalmente, dada la mayor generosidad en términos de reproche penal que ofrece esta nueva Ley Orgánica, se impone sin género de duda.

De hecho, el criterio que hemos venido defendiendo, ha quedado confirmado por el propio Tribunal Supremo quien en el Pleno no jurisdiccional celebrado los días 6 y 7 de junio de 2023 ha cumplido una profusa labor

²⁶ . HERNÁNDEZ GIL, A. “Disposiciones transitorias”, en Paz-Ares Rodríguez y otros (director) Comentario del Código Civil. Tomo II, Madrid, 1993, p.2180. CUELLO CONTRERAS, J., “El Derecho penal español. Parte General. Nociones introductorias”. Teoría del delito, 3ª edición, Madrid, 2002, p.249. ALVAREZ GARCÍA, F.J. “Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.” *Op.cit.* p.12.

analítica, en particular, de veintinueve recursos de casación presentados contra sentencias de delitos sexuales que gozaban de firmeza en el momento de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022 y que habían sido objeto de revisión por diferentes Audiencias Provinciales.²⁷

Dicho estudio estaba orientado a adoptar una decisión lo más homogénea posible a la vista de los expuestos parámetros o criterios de revisión de sentencias que, en ocasiones, rozaban la contrariedad pudiendo incluso tildarse de antagónicos haciendo así salvaguardar el meritado principio de seguridad jurídica así como el de igualdad.

De todos estos pronunciamientos se pueden extraer, sintéticamente, las siguientes conclusiones:

Primero de todo, el Pleno rechaza de forma unánime la aplicación de la Disposición Transitoria Quinta del Código Penal de 1995 para estos supuestos de revisión de sentencias sobre delitos de índole sexual.

En particular, fundamenta su decisión en la imposible aplicación automática de efectos limitadores de las previsiones del principio general de irretroactividad del artículo 2 del Código Penal en caso de silencio normativo²⁸.

Además, centrándonos exclusivamente en la operación de revisión de sentencias, el Tribunal Supremo ha considerado que la imposición de una pena en su grado mínimo y conforme a la legislación primitiva supone la revisión de dicha pena y la imposición de la pena mínima conforme la ley actual que resulte ser más favorable, resultando indiferente que aquella pena mínima fuera aplicada por mor de un acuerdo de conformidad entre las partes²⁹.

²⁷ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Pleno Sala 2ª LO 10/2022”. Disponible en línea: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Pleno-Sala-2--LO-10-2022-/> [Último acceso 22 de enero de 2024].

²⁸ STS (Sala 2ª), de 21 de junio de 2023: “(...)la limitación razonable de los efectos derivados del artículo 2.2 del Código Penal en materia de retroactividad de disposiciones penales favorables es posible. Pero que sea una opción viable para el legislador no significa, naturalmente, que haya de sobrentenderse como adoptada por todos los legisladores penales pasados y futuros, que solo podrían apartarse de ella mediante una disposición expresa que dijese lo contrario o mediante la modificación del art. 2.2 CP, proclamando que las sentencias firmes solo quedan afectadas cuando con arreglo a la nueva ley la pena sea imponible (aunque la pena impuesta fuese el mínimo de la anterior horquilla y ahora suponga el máximo del nuevo marco penal);” STS (Sala 2ª), de 15 de junio de 2023: “(...)El art. 2.2 CP no necesita complemento alguno. Contiene una regulación. No es apreciable una laguna que exija acudir a una norma supletoria o a una interpretación analógica. Precisamente que en leyes anteriores y posteriores a la ahora examinada se haya incluido una transitoria con igual contenido confirma que su omisión significa algo. No se entendería por qué existen varias disposiciones —5ª CP 1995 y 2ª de tres leyes anteriores a la ahora examinada— diciendo lo mismo y por qué hemos de aplicar la 5ª CP; y no la 2ª de otras reformas.”

²⁹ STS (Sala 2ª), de 21 de junio de 2023, fundamento jurídico tercero.

Asimismo, el Tribunal Supremo deja sentado en las casi treinta resoluciones examinadas que la revisión de sentencias y correspondientes penas impuestas no puede erigirse en una nueva individualización judicial de la sanción penal impuesta en la resolución examinada.

En otras palabras, la revisión no supone una valoración “*ex novo*” de las circunstancias en su día concurrentes. Por el contrario, se trata de examinar si la pena impuesta conforme a tales circunstancias se halla dentro de la horquilla punitiva contemplada legalmente y, por tanto, potencialmente imponible de acuerdo con el nuevo régimen, así como si esa pena lo es en mayor beneficio del penado³⁰.

De igual modo, descarta la revisión de la pena en abstracto y proclama la necesidad de evaluar y decidir si la nueva legislación es en concreto más favorable que la precedente tomando en consideración los criterios generales de aplicación de las penas consagrados en el artículo 66 del Código Penal.

Con relación a este último extremo, el Tribunal Supremo distingue las siguientes situaciones:

- a) Juicio de revisión y ponderación cuando el juicio está pendiente de celebrar.

Para estos supuestos, el aplicador del derecho debe comparar la nueva norma con la legislación derogada, pero vigente en el momento de comisión de los hechos delictivos y optar por la que sea más benigna efectuando dicha confrontación tanto desde el punto de vista estrictamente penológico como conforme el nuevo significado y consecuente reproche penal de las conductas típicas.

- b) Juicio de revisión y ponderación de una pena ya impuesta en sentencia.

En estos casos, el juzgador se encuentra condicionado por la individualización de la pena llevada a cabo por el Tribunal *a quo*, lo que supone que uno de los elementos de comparación ya se halla prefijado. En palabras del propio Tribunal: “*Bastará con razonar qué pena sería la procedente manejando la nueva norma para mantener o revisar la anterior tras la comparación.*”³¹

Por su parte, con relación a los actuales límites mínimos introducidos por la Ley Orgánica 10/2022, nuestro Alto Tribunal tiene presente en todo momento que la nueva norma ha contemplado y creado un modelo peno-

³⁰ STS (Sala 2ª), de 7 de junio de 2023, fundamento jurídico primero.

³¹ STS (Sala 2ª), de 15 de junio de 2023, fundamento jurídico décimo.

lógico apoyado en el consentimiento, frente a su precedente que focalizaba en los medios comisivos empleados por el autor del delito de naturaleza sexual.

Ahora bien, la ausencia de dicha anuencia no significa que dicho consentimiento no se erigiera como el elemento fundamental y definitorio de los delitos sexuales puesto que siempre ha jugado un papel relevante dentro del ámbito de los delitos contra la libertad sexual habida cuenta de su configuración como elemento normativo del tipo.

V. PRECISIONES EN TORNO AL CONSENTIMIENTO

Conviene traer a colación que, en materia penal, la primera referencia al consentimiento se resumía con el aforismo *“nulla iniuria est, quae in violentem fiat”*³².

Siguiendo una noción amplia o extensa de dicho término de derecho romano, *“iniuria”*, en tanto que equivalente a *“ilícito”*, la precitada máxima vendría a significar, trasladada al ámbito estrictamente penal, que *“lo que se realiza con la voluntad del lesionado no constituye delito”*. Mientras, a la luz de una concepción más estricta de la expresión *“iniuria”*, ésta se correspondería con el clásico delito de injurias y, por ende, cabría entender que los romanos acuñaron el meritado apotegma con el fin de expresar que el consentimiento de la víctima o sujeto pasivo excluía el delito de injuria.

Sea como fuere, como señalan algunos autores, actualmente dicho concepto de *iniuria* no ha de entenderse en sentido estricto sino como alusivo a toda lesión de derechos de la personalidad³³.

Y, en todo caso, insistimos, se trata de la primera referencia escrita del consentimiento en un texto legal, el cual, era entonces, calificado o entendido como causa de justificación.

Ahora bien, su tratamiento exclusivo como causa de justificación no es una cuestión pacífica dado que, en la actualidad, tanto en el plano doctrinal como jurisprudencial, domina la tesis de la doble naturaleza del consentimiento entendiendo este, en ocasiones, como causa de justificación y, en otras, como causa de atipicidad³⁴.

³² ULPIANO, Digesto.

³³ MACHADO RODRÍGUEZ, C.I., *“El consentimiento en materia penal”*. En Revista de Derecho Penal y criminología 33, 95, Universidad Externado de Colombia, diciembre, 2012, pp. 31-32.

³⁴ Ver, entre otras, IÑIGO CORROZA, M.E. *“El consentimiento de la víctima: hacia una teoría normativa de la acción del que consiente”*. En Anuario de Derecho y Ciencias Penales 75, núm. 1,

Así pues, la reforma operada no afecta al consentimiento como causa de atipicidad o justificación sino a la intensidad de la injerencia que dicho consentimiento tiene en el injusto típico. Con la nueva redacción, el consentimiento provoca que los elementos incidentales del delito se sitúen en un plano accesorio, secundario ya que tales factores dejan de erigirse como circunstancia justificativa de mayor reproche penal y pasan a constituir meros elementos definitorios de lo que se entiende por falta de consentimiento.

Así, de una lectura del precepto, puede extraerse lo siguiente: al margen de los supuestos a que hace referencia el apartado segundo del artículo 178 del Código Penal, no hay necesidad de que el consentimiento sea emitido verbalmente o de palabra, pues es suficiente que emane de forma espontánea, debiendo tener presente que, en todo caso, el consentimiento se analizará en función de las circunstancias, lo que supone que, por ejemplo, podamos inferir de forma lógica y racional que el sujeto pasivo de una agresión sexual no estará prestando su consentimiento si, pese a estar callado, se encuentra llorando³⁵.

En este punto, no hay consecuencias o cambios provocados por la nueva redacción dada al artículo 178, toda vez que a nivel jurisprudencial se venía llevando a cabo una interpretación idéntica del consentimiento, según las circunstancias del caso³⁶.

Pero, en cualquiera de los casos, lo que debe tenerse presente es que el legislador optó por prescindir de los clásicos elementos de comisión delictiva entendiendo que, con independencia de su concurrencia, la ausencia del consentimiento determinaba la asignación de una idéntica pena, considerada en abstracto.

Dicho esto, y continuando con el análisis jurisprudencial llevado a término por el Tribunal Supremo, la Sala Segunda recuerda que vigente o no

Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, p.174. MACHADO RODRIGUEZ, C.I. *op.cit.*, pp.45-46.

³⁵ ACALE SÁNCHEZ, M. “*Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma*”. En: Revista Igualdad ES, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, Gobierno de España, Madrid, 2021, núm. 5, p.475. Disponible en línea: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/3961407-mariua-acale-nlm.html> [Última visita: 26 de noviembre de 2023].

³⁶ Entre otras, cabe citar la STS 344/2019, de 5 de julio (Fundamento Jurídico Segundo, párrafo 4); también la STS, de 14 de mayo de 2020, que declara en su Fundamento Jurídico Segundo que: “*la decisión de la mujer sobre su libertad sexual no permite la coacción, la violencia o la intimidación, ya que la libertad de decidir con quien desea mantener una relación sexual es patrimonio de la mujer, y no puede ser interpretado subjetivamente por nadie y atribuirse una decisión de mantener relaciones sexuales con ella salvo que exista un expreso consentimiento de la víctima para tal fin.*”

dicho régimen, pues recuérdese ha sido parcialmente abandonado tras la rápida entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2023, las consecuencias anejas a dicho modelo han de tomarse en consideración lo que lleva a descartar la idea de que una conducta en la que media violencia o intimidación ha de llevar aparejada una sanción penal más grave, puesto que la norma, a la luz de las consideraciones efectuadas preliminarmente, no discriminaba ni distinguía los hechos en atención al empleo de tales medios comisivos.

Por tanto, concluye el Tribunal Supremo que la simple concurrencia de uno de estos clásicos y tradicionales elementos de cualificación de la conducta no es causa bastante para escalar en el marco penológico y alejarse del límite mínimo legalmente previsto.

VI. LOS FRUTOS DE LA REFORMA

Solo resta señalar que aun siendo indudable que la voluntad del legislador era contraria a la rebaja de la respuesta punitiva en ese tipo de actuaciones, la revisión de sentencias por delitos enmarcados en el Título Octavo de nuestro Código Penal es hoy una realidad palpable y, en muchos casos, ha traído consigo reducciones de pena, precisamente en contra de esa “*mens legislatoris*”.

Según los datos recabados hasta el día 31 de marzo por el Consejo General del Poder Judicial del Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional, los Tribunales Superiores de Justicia y las Audiencias Provinciales las reducciones de pena por aplicación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, ascienden a un total de 1233, según datos recabados hasta fecha 1 de noviembre de 2023³⁷.

Estas resoluciones han supuesto al menos 126 excarcelaciones, debiendo advertirse a estos efectos que para la confección del informe no se ha contado con la información de algunos de los órganos judiciales consultados.

Puede concluirse diciendo que el desacierto ha sido patente y manifiesto. Los datos hablan por sí solos y demuestran la necesaria tarea de revisión que ha de efectuarse, lo que se corrobora con el reconocimiento que ha

³⁷ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Tablas de reducción de condenas por aplicación de la Ley Orgánica 10/2022 publicadas por el Consejo General del Poder Judicial. Accesible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Los-tribunales-han-acordado-1-233-reducciones-de-pena-en-aplicacion-de-la-Ley-Organica-10-2022> [última visita: 27 de noviembre de 2023].

terminado haciendo el propio Gobierno sobre su error pues claudica y pone punto final a este controvertido debate público, impulsando una nueva modificación del Título relativo a “*Agresiones sexuales*” haciendo expresa mención al régimen transitorio que ha de ser aplicado.

Y, en cualquiera de los casos, como apuntábamos en líneas precedentes, la solución adoptada hace escasos meses por nuestro Alto Tribunal ha sido, en línea con el criterio que nosotros también compartíamos y expresábamos, la única que tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido, se deja sentada de manera definitiva, una cuestión que quizá nunca debió ser dubitada por cuanto, como ya anticipaba la precitada sentencia dictada en el “*caso Arandina*”, el principio de aplicación de la ley penal más beneficiosa constituye un principio de observancia absolutamente obligada, sin perjuicio de la valoración casuística acerca de la concreta ley que debe ser considerada más favorable según las circunstancias concretas del supuesto examinado y, quizás más especialmente, tal y como queda contemplado en el artículo 3.1 de nuestro Código Civil, según el espíritu y finalidad de dicha norma en cuestión.

Quizás la cuestión que más puede reprocharse a la mencionada Ley Orgánica 10/2022 es aquella relativa a la existencia de una deficiente técnica legislativa, a la que nosotros podríamos llegar a calificar como punto de partida de todas estas consecuencias indeseadas.

De hecho, muchas de las opiniones críticas sobre la Ley Orgánica 10/2022 inciden en la existencia de importantes déficits técnicos, como la ausencia de normas de derecho transitorio, incorrecta configuración de los preceptos, errores de remisión normativa o no adecuación a la calidad técnica esperable en un texto legal³⁸.

Tal estándar de calidad no se corresponde únicamente con el deseo ilustrado de desempeñar y acabar con pulcritud el empeño legislativo como predicaba el barón de Montesquieu al tratar de “*la necesidad de componer bien las leyes.*”³⁹

También se alinea con la tradición española desde el advenimiento de la Constitución⁴⁰.

³⁸ Entre otros, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. “*Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.*” *Op.cit.* pp. 10-16

³⁹ DE SECONDAT, C.L (MONTESQUIEU). “El espíritu de las leyes.” Madrid, Alianza Editorial, 2015.

⁴⁰ GARCÍA-ESCUADERO MARQUEZ, P. “*40 años de técnica legislativa.*” *Revista de las Cortes Generales*, núm.104, segundo cuatrimestre, Madrid, 2018, p.182. Disponible en: <https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/58/122> [Última visita 19 de mayo de 2023]. Para mayor profundidad sobre los primeros estudios sobre técnica legislativa, *cfr.* GRUPO DE ESTUDIOS SOBRE

En última instancia, la relevancia de la técnica legislativa es indiscutible en tanto aparece ligada al principio de seguridad jurídica, es decir, aquella es condición de esta última⁴¹.

Precisamente, y como se ha venido presentando, en este punto ha de ponerse en tela de juicio el texto de la Ley Orgánica 10/2022 que, como otras muchas disposiciones legislativas dictadas en los últimos tiempos, entendemos que adolecen de defectos en cuanto a técnica legislativa se refiere⁴².

Siguiendo los estudios doctrinales en esta materia, para juzgar si una norma goza de una apropiada técnica legislativa, debe reunir las denominadas “condiciones de racionalidad de las leyes”, que se concretan en cinco manifestaciones, a saber: racionalidad lingüística; jurídico-formal; pragmática; teleológica y ética⁴³.

A nuestro juicio, no todas las cualidades que acabamos de citar están presentes en la Ley.

Nada que objetar en cuanto a la racionalidad lingüística pues como ya indicábamos el Preámbulo de la norma sienta la finalidad que se persigue con su dictado, que no es otro que la protección de las víctimas, lo que corrobora el propio texto de la norma con las referencias constantes a éstas.

Ahora bien, decae la técnica jurídica de la norma. Reiteramos las ideas expuestas acerca de las deficiencias que a nuestro juicio han existido tanto en el establecimiento del marco penológico de los nuevos tipos delictivos derivados de la fusión de los antiguos delitos de abusos y agresiones sexuales, como la falta de inclusión de una regla de derecho transitorio que modulara la adaptación de la nueva norma a los hechos ocurridos con anterioridad. Defectos que además de haberse puesto de manifiesto, han sido reconocidos como faltas y han sido subsanados con la elaboración y entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2023.

En cuanto a pragmatismo se refiere, la norma cubre esta condición gracias a los nuevos mecanismos de detección precoz y prevención de delitos

TÉCNICA LEGISLATIVA, GRETEL, *“La forma de las leyes. 10 estudios de técnica legislativa.”* Barcelona. Bosch Casa Editorial, S.A., 1986, 183 pp.; o, Resolución de 15 de noviembre de 1991, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueban las Directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de Ley. BOE núm. 276, de 18 de noviembre de 1991. Accesible en línea: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1991-27744>

⁴¹ STC, de 4 de octubre de 1990. Fundamento Jurídico Octavo.

⁴² GARCÍA-ESCUADERO MARQUEZ, P, loc.cit. pp. 210-212.

⁴³ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L, *“La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría.”* Madrid, Editorial Trotta, 2003, 205 pp.

de esta naturaleza, pero la condición de utilidad de la norma no se cumple si ponemos el punto de mira en el ámbito estrictamente penal, lo que vuelve a reconducir al ámbito de revisión de sentencias firmes dictadas en procedimientos por tales delitos. Si la Ley Orgánica hubiera cuidado los aspectos técnico-jurídicos se pudiera haber evitado la ingente casuística que ha aparecido en derredor de la operación revisora, ya que esto perjudica la condición de generalidad de las leyes⁴⁴.

Seguidamente sobre el requisito de racionalidad teleológica, conviene enlazar con el primer párrafo del presente capítulo en el cual exponemos las consecuencias positivas y negativas de la *mens legislatoris*. Por tanto, esta condición de racionalidad aparece suplida, si bien de forma escasa, ya que los aspectos penales deben pulirse y, de hecho, se ha comenzado a solventar la cuestión en la ya aludida Ley Orgánica 4/2023.

Solo resta hablar de la racionalidad ética. Se ha dicho que el eje central en que el poder legislativo basaba su reforma era el consentimiento, o, más bien la necesidad de garantizar a las mujeres y niños, grupos de víctimas entendidos como más vulnerables, el respeto de su consentimiento sexual. En nuestra opinión, no basta la justificación de la norma en tal postulado, máxime cuando el tratamiento otorgado en nuestro ordenamiento jurídico a dicha autonomía de la voluntad en el seno de las relaciones sexuales ha sido siempre tendente a su protección y salvaguarda, descartándose ya desde antiguo la necesidad de resistencia de la víctima en esta clase de ilícitos penales⁴⁵.

⁴⁴ DE LUCAS MARTÍN, F.J., “Sobre técnica legislativa, ideología y democracia. Una nota a propósito de la Ley Orgánica 10/22.” Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico, (33), 2022, p. 358. Disponible en línea: <https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/727/639>.

[Último acceso, 29 de octubre de 2023].

⁴⁵ STS (Sala 2ª), de 18 de octubre de 1999. Fundamento Jurídico Segundo: “...*En efecto, lo que no debe ser ignorado es que cada persona que sufre una violación, reacciona de distinta manera y con distinta intensidad ante una agresión sexual de este tipo (véase STS de 7 de octubre de 1.998), de acuerdo con la específica personalidad de cada uno. De ahí que la víctima no tiene porqué ofrecer una resistencia propia del héroe; quizás ni siquiera tendría que ser seria, bastando con que sea razonable ante la situación creada por el agresor (SS.T.S. de 2 de diciembre de 1.991 y 8 de abril de 1.992). De hecho, sería suficiente para integrar el tipo penal que ante la manifiesta y explícita oposición de la víctima, el agente persista en sus propósitos venciendo por la fuerza esa oposición y la resistencia ofrecida aunque ésta fuere una resistencia pasiva, “... porque lo esencial es que el violador actúe contra la voluntad de la persona violada porque obra conociendo su oposición” (STS de 2 de marzo de 1.992), toda vez que incluso para superar esa resistencia meramente pasiva, el agresor necesita utilizar la fuerza o la energía muscular, por escasa que ésta sea, sobre el cuerpo de la víctima para conseguir el objetivo propuesto.*”

Como puede observarse, llegamos a la conclusión, en contra de lo que otros autores han opinado, de que la norma en cuestión no responde a la idea de técnica legislativa de calidad pues buena parte de los requisitos doctrinalmente exigidos no se llenan en la forma que sería esperable⁴⁶.

VII. CONCLUSIONES

Por tanto, a modo de conclusiones podemos afirmar que, pese a que la Ley Orgánica 10/2022 aborda una reforma integral, la norma se inserta en un contexto de desacierto a nivel legislativo susceptible de mejorar u optimizar.

En particular, la norma estaría caracterizada por una deficiente técnica legislativa a la que puede achacarse la contradicción entre “*mens legis*” y “*mens legislatoris*”, lo cual se ha materializado principalmente en la modificación del Código Penal.

Consideramos que la Ley Orgánica 10/2022 no ha supuesto la revolución a nivel legislativo, que parecía sugerir el acompañamiento mediático de su presentación.

Aunque contiene importantes avances en materia de protección de víctimas, su aportación en la esfera del Derecho Penal sustantivo no puede merecer un balance positivo, fundamentalmente, por el descuido en la observancia de principios de las capitales de técnica legislativa amén de por otros factores de tipo político-estratégico que han podido condicionar la génesis y el concepto de la reforma.

Compartimos el sentir que muchos sectores doctrinales han puesto de manifiesto en torno a la ausencia de Disposiciones Transitorias que se ha traducido, en la práctica, en la revisión de sentencias firmes y consiguiente rebaja de pena o excarcelación a sujetos condenados por alguna de estas categorías delictivas, perpetuándose tales efectos dado el actual estatus que, como ley penal intermedia, ocupa la Ley Orgánica 10/2022.

Pese a ello, a nivel procesal y de protección y detección precoz ha insertado aspectos novedosos que vienen a reforzar aún más el ámbito de protección de las víctimas y la prevención de esta clase de delitos que, desafortunadamente, vienen experimentando un incremento en los últimos tiempos, cuestión ésta que merecería un análisis más pormenorizado en el que ahora no procederemos a entrar.

⁴⁶ En sentido contrario se pronuncia, DE LUCAS MARTÍN, F.J., *loc.cit.*pp.356-359.

Por tanto, no deja, esta Ley, de ser un ejemplo más del empobrecimiento de la calidad legislativa de nuestras normas penales, habida cuenta del ingente número de reformas del Código Penal en los últimos cuatro años, en total, con la Ley Orgánica 4/2023 contabilizamos dieciocho cambios legislativos⁴⁷.

Esta proliferación normativa, que en modo alguno negamos que obedezca, al menos en parte, a la satisfacción de demandas de actualización y adaptación de la Ley Penal a las nuevas realidades, puede resultar peculiarmente cuestionable desde los postulados de la necesaria seguridad jurídica y del principio de intervención mínima del Derecho Penal.

Como broche final, finalizamos con un breve apunte: nuestro sistema de revisión de sentencias y régimen transitorio se consolida y confirma como claro y coherente con el ordenamiento jurídico vigente pues es una cuestión indubitada que, siempre, conforme los principios informadores del derecho, habrá de aplicarse la norma penal más favorable al reo, máxime en un supuesto de sucesión de normas penales y, todo ello, en contra de los intentos de tergiversar el estatuto de Jueces y Magistrados que se encuentran constitucionalmente sujetos al imperio de la ley, paradójicamente, emanada de quienes, en ocasiones, arremeten contra ellos.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

AGUSTINA SANLLEHI, J.R. (2023), *“Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento”*. En AGUSTINA, J.R. (Coord). *Comentarios a la Ley del “Solo sí es sí”: Luces y sombra ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*. Barcelona, Atelier.

AGUSTINA SANLLEHI, J.R. (2023) *“Sobre la reforma de los delitos sexuales: de la ‘confusión típica’ a la problemática judicial y al desorden valorativo en el sistema de penas.”* En AGUSTINA, J.R. (Coord.) *Comentarios a la Ley del “Solo sí es sí”: Luces y sombra ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*. Barcelona, Atelier.

⁴⁷ Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero; Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo; Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre; Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo; Ley Orgánica 5/2021, de 22 de abril; Ley Orgánica 6/2021, de 28 de abril; Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio; Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio; Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril; Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio; Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio; Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre; Ley Orgánica 11/2022, de 13 de septiembre; Ley Orgánica 13/2022, de 20 de diciembre; Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre; Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero; Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo; Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril.

- ACALE SÁNCHEZ, M. (2021), “*Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma*”. En: Revista Igualdad ES, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, Gobierno de España, Madrid, 2021, núm. 5. Disponible en línea: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/3961407-mariua-acale-nlm.html>
- ALCALE SÁNCHEZ, M. (2019), “*Fundamentación teórica de la violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Capítulo I: Bases epistemológicas y metodológicas.*” En: *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexuales.* Colección de Derecho Penal, Madrid, Editorial Reus, 2019.
- ALCALE SÁNCHEZ, A, MIRANDA RODRIGUES, A. I., y NIETO MARTÍN, A. (coords.), (2021), “*Reformas penales en la Península Ibérica: ‘A jangada de pedra’?*” Madrid, Boletín Oficial del Estado, BOE, Madrid 2021.
- ALTUZARRA ALONSO, Itziar. (2020), “*El delito de violación en el Código Penal español: análisis de la difícil delimitación entre la intimidación de la agresión sexual y el prevalimiento del abuso sexual: revisión a la luz de la normativa internacional.*” En: *Estudios de Deusto.* Vol. 68, núm. 1 (enero - junio 2020), Bilbao, 2020. Accesible en: <http://revista-estudios.revistas.deusto.es>
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (2023) “*Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.*” En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.* 2023, núm. 25-r3.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J, “La libertad sexual en peligro.” En: *Diario la ley*, núm. 10007, Sección Tribuna, 10 de febrero de 2022, Madrid, 2022, Editorial Wolters Kluwer, Disponible en línea: https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAEAC2NT2vDMAzFP818GYxk_XvRJc1xILGG3hVbOAbX6mw5a7591bWCh_TQT3q_lfly0E3Asgue36-UMJqyJE7LBYZcyQiOBZq3nW1VnwatVlw9W9iuHibMNOAljeHsKHeLTsKC8YcKtO1mY8rEf0ecg0cJnDrMz7fBOeiHR-mu13u-3OzNTLgrAOXhKQmYKfvpSyZMvhNIO3-gJNLxeIOEPLNfba9NVEb0eJZ3-vbFRe49CB4yU3Cv3DsfwaJvyAAAWE
- ASUA BATARRITA, A. (1998), “*Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico.*” En *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de Género.* Vitoria-Gasteiz, Emakunde/ Instituto Vasco de la Mujer, 1998, pp.49, 56-57,77. Disponible en: https://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/publicaciones_jornadas/es_emakunde/adjuntos/jornada.13.analisis.codigo.penal.perspectiva.genero.cas.pdf
- CAMPANER MUÑOZ, J. (2022), “*El consentimiento sexual como eje de la reforma penal: pura logomaquia (un enfoque procesal contrario a las últimas iniciativas legislativas).*” En: *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* núm. 65, Madrid, Editorial Thomsom Reuters Aranzadi, 2022.
- CARNELUTTI, F. (2012), “*Cómo se hace un proceso*”, 2ª edición, Madrid, Editorial Themis, 2012.

- CORRÊA CARMARGO, BEATRIZ y RENZKOWSKI, J. (2021), “*El concepto de acto de naturaleza sexual en el derecho penal*”. En Revista InDret: Revista para el análisis del derecho, núm. 1/2021, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2021. Disponible en línea: <https://indret.com/el-concepto-de-acto-de-naturaleza-sexual-en-el-derecho-penal/?edicion=1.21>
- CUELLO CONTRERAS, J. (2002), “*El Derecho penal español. Parte General. Nociones introductorias*”. *Teoría del delito*, 3ª edición, Madrid, 2002.
- DE LA MATA BARRANCO, N.J. (2022), “*Disposiciones transitorias y derecho penal*.” En Almacén de Derecho, 20 de noviembre de 2022. Accesible en línea: <https://almacenederecho.org/disposiciones-transitorias-y-derecho-penal>
- DE LA ROSA CORTINA, J.M., (2013) “*Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual*.” pp. 13-15. En sitio oficial del Ministerio Fiscal, 17 de octubre de 2013. Disponible en línea: <https://www.fiscal.es/documents/20142/276999/Ponencia+Jos%C3%A9+Miguel+de+la+Rosa+Cortina.pdf/24dd1d9f-0a48-8f6a-172f-aa5e76d0ea16?t=1562315692534>.
- DE LUCAS MARTÍN, F.J, (2022), “*Sobre técnica legislativa, ideología y democracia. Una nota a propósito de la Ley Orgánica 10/22*.” *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, (33), 2022. Disponible en línea: <https://doi.org/10.36151/TD.2022.062>
- DEL MORAL, GARCÍA. A. (2023) “*Caracterización normativa del consentimiento en la reforma de los delitos sexuales*.” En AGUSTINA, J.R. (Coord). *Comentarios a la Ley del “Solo sí es sí”*: Luces y sombra ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre. Barcelona, Atelier, 2023.
- DE PABLO HERMIDA, J.M.(2021) “*La revisión de penas de la ley de solo sí es sí explicada con una fábula*”. Cinco días. Diario El País, edición de 21 de noviembre de 2021. Disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/11/21/legal/1669018263_086713.html
- DE SECONDAT, C.L (MONTESQUIEU). “*El espíritu de las leyes*.” Madrid, Alianza Editorial, 2015.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L, (2003) “*La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*.” Madrid, Editorial Trotta.
- FARALDO CABANA, P.(2018), “*Sólo sí es sí: hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación*.” En ALCALÉ SÁNCHEZ, A, MIRANDA
- GARCÍA-ESCUADERO MARQUEZ, P. “40 años de técnica legislativa.” *Revista de las Cortes Generales*, núm.104, segundo cuatrimestre, Madrid, 2018. Disponible en <https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/58/122>
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (2020), “*Sólo sí es sí*”. En Iustel Diario del Derecho, edición de 27 de abril de 2020. Disponible en: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1197551
- GRUPO DE ESTUDIOS SOBRE TÉCNICA LEGISLATIVA, GRETEL, (1986), “*La forma de las leyes. 10 estudios de técnica legislativa*.” Barcelona. Bosch Casa Editorial, S.A., 1986.

- HERNÁNDEZ GIL, A. (1993) *“Disposiciones transitorias”*, en Paz-Ares Rodríguez y otros (director) *Comentario del Código Civil*. Tomo II, Madrid, 1993.
- HERREROS HERNÁNDEZ, I. (2021), *“Construcción histórica de la libertad sexual como bien jurídico. Una visión desde la perspectiva de género”*, en *Revista del Ministerio Fiscal*, año 2021, número 10, Fiscalía General del Estado, Madrid. Disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/5f51efd2-d9c7-9242-9d0f-3928193408a4>
- ÑÍGO CORROZA, M.E. (2022), *“El consentimiento de la víctima: hacia una teoría normativa de la acción del que consiente”*. En *Anuario de Derecho y Ciencias Penales* 75, núm. 1, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022.
- LUZÓN PEÑA, D.M. (1996) *“Curso de Derecho Penal. Parte General”*, Madrid, Editorial Universitas, S.A.
- MACHADO RODRÍGUEZ, C.I., (2012), *“El consentimiento en materia penal”*. En *Revista de Derecho Penal y criminología* 33, 95, Universidad Externado de Colombia, diciembre, 2012.
- MAGRO SERVET, V. (2022) *“Cuestiones comparativas de modificación del Código Penal y otras leyes con la nueva Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre de garantía de la libertad sexual.”* En *Diario La Ley*, núm. 10133, Sección Doctrina, 13 de septiembre de 2022, LA LEY, Madrid, Editorial Wolters Kluwer, 2022.
- MAQUEDA ABREU, ML (2007) *“¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico.”* En *Indret*. Revista para el análisis del Derecho, núm.4, Universitat Pompeu Fabra, 2007. Disponible en línea: <https://indret.com/es-la-estrategia-penal-una-solucion-a-la-violencia-contra-las-mujeres/?edicion=4.07>
- MIR PUIG, S. (1986) *“Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva.”* En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 39, Madrid, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, 1986. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANUP-1986-10004900058
- RAGUES i VALLES, R. (2023) *“El grado de afectación al consentimiento de la víctima en los delitos sexuales: una revisión crítica de la Ley Orgánica 10/2022.”* En AGUSTINA, J.R. (Coord). *Comentarios a la Ley del “Solo sí es sí”: Luces y sombra ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*. Barcelona, Atelier, 2023.
- RAMÓN RIBAS, E. Y FARALDO CABANA, P. (2020) *““Solo sí es sí, pero de verdad. Una réplica a Gimbernat.”* En revista *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL, Madrid, 2020.
- RAMÓN RIBAS, E. Y FARALDO CABANA, P. (2023) *“¿La libertad sexual en peligro? ¿En serio?”* En AGUSTINA, J.R. (Coord). *Comentarios a la Ley del “Solo sí es sí”: Luces y sombra ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*. Barcelona, Atelier, 2023.

- RUIZ ANTÓN, L.F. (1989) “*EL principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia.*” En: Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura, núm.7, 1989.
- RUIZ YAMUZA, F.G. (2023) “*Ley del sólo sí es sí: notas prácticas sobre la revisión de sentencias condenatorias.*” Economy & Jurist, 6 de enero de 2023. Disponible en: <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/ley-del-solo-si-es-si-notas-practicas-sobre-la-revision-de-sentencias-condenatorias/>
- SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N. (2019) “*El concepto de violación y el problema de la sumisión química en los delitos sexuales a propósito de la discusión en España.*” En: Revista electrónica de Estudios penales y de la seguridad, 2019, pp.16-18. Disponible en línea: <https://www.ejc-reeps.com/n-mero-5-especial-2019>
- VILLALBA ANAYA, J.C. y ÁLVAREZ BENITEZ, F.J, (2023) “*¿Puede salvar la Disposición Transitoria del Código Penal la revisión de las sentencias condenatorias?*” En Legal Today, 25 de enero de 2023. Disponible en: <https://www.legaltoday.com/opinion/la-cara-y-la-cruz/puede-salvar-la-disposicion-transitoria-del-codigo-penal-la-revision-de-las-sentencias-condenatorias-2023-01-25/#:~:text=La%20respuesta%20es%20no.,del%20C%C3%B3digo%20Penal%20de%201995>

LA COMUNICACIÓN DENTRO DEL PROCESO JUDICIAL: REALIDAD Y NECESIDADES

Communication within the judicial process: reality and needs

ANNA FIODOROVA

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Procesal
Universidad Carlos III de Madrid
afiodoro@der-pu.uc3m.es
ORCID: 0000-0002-6445-0161

“En primer lugar, la atención a los usuarios de los tribunales se pone de manifiesto mediante información comprensible y actualizada.”

La Comisión Europea¹

SUMARIO: I. A MODO DE INTRODUCCIÓN. 1. Comunicación. 2. La problemática de la comunicación en el proceso judicial. 3. Metodología. II. DERECHO A ENTENDER. 1. Derecho a entender y acceso a la justicia. 2. Regulación actual y aspiraciones. III. COMUNICACIÓN DENTRO DEL PROCESO JUDICIAL. 1. Comunicación oral y escrita. 2. Lenguaje jurídico y desafíos a los que se enfrentan sus receptores. 3. Buenas prácticas. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: En España, más de un tercio de población alguna vez a lo largo de la vida ha tenido algún contacto con la justicia. Desafortunadamente, en algunas ocasiones las personas no se llevaron la mejor imagen de la justicia y no debido a la falta de profesionalidad, sino a la falta de comunicación comprensible y transparente. En las páginas de este artículo se analizan los problemas de la comunicación y el lenguaje claro en el proceso judicial, partiendo de la regulación del derecho a entender, los estudios anteriores sobre esta cuestión y la encuesta realizada para los fines de este estudio.

Palabras Claves: Comunicación, comunicación en el proceso judicial, lenguaje claro, derecho a entender.

Abstract: In Spain, more than a third of the population has had some contact with the justice system at some point in their lives. Unfortunately, on some occasions people did not get the best image of justice and not due to a lack of professionalism, but to a lack of understandable and transparent communication. In the pages of this article, the problems of communication and clear language in the judicial process

¹ EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (2022), “European judicial systems CEPEJ Evaluation Report. Tables, graphs and analyses. Part 1”, p. 103.

are analysed, starting from the regulation of the right to understand, previous studies on this issue and the survey conducted for the purposes of this study.

Key words: Communication, communication in judicial proceeding, plain language, right to understand.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

1. COMUNICACIÓN

La comunicación es una parte intrínseca de la existencia de un ser vivo, sea humano o no, desde su nacimiento (e incluso antes): el llanto de un bebé, el ladrido de un cachorro, el chillido de un delfín, una carta, un correo, un mensaje de un familiar que vive lejos. Con cada una de estas acciones se quiere transmitir al mundo exterior algún mensaje que podría ser una expresión de necesidad, una aprobación, un aviso de peligro o una noticia.

Así que “el objetivo final de la comunicación eficaz o congruente [...] es que la fuente emisora ponga todos sus recursos al servicio de que su mensaje sea entendido y comprendido con el mismo fin con el que fue transmitido.”²

Una de las definiciones del verbo “comunicar” dada por la Real Academia Española es “descubrir, manifestar o hacer saber a alguien algo”³.

Esta manifestación de algo se puede producir tanto de manera verbal como escrita, y reflejar o no la percepción personal, así como las emociones del emisor del mensaje. Como señala PINEDA PÉREZ, “Es importante entender que la comunicación es un proceso en el que, además de ponerse en juego los conocimientos, también están presentes las emociones y la capacidad de gestionarlas.”⁴

² PINEDA PÉREZ, PILAR (s.f.), “Habilidades de comunicación”, Universidad Internacional de Valencia, p. 26.

³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*. Disponible en: <https://dle.rae.es/comunicación> (última consulta el 2 de noviembre de 2023). Nos parece muy completa la definición de la comunicación propuesta por ASCONA e IBAÑEZ: “La comunicación es un proceso que consiste en la transmisión e intercambio de mensajes entre un emisor y un receptor. En este proceso se vinculan los siguientes elementos: emisor, receptor, código (el lenguaje empleado), canal de comunicación (el medio usado) y contexto (las circunstancias donde se desarrolla la comunicación). También existe lo que se llama “el ruido” o “perturbaciones en la recepción del mensaje original” y la retroalimentación, que supone la respuesta hacia el primer mensaje.” ASCONA, ROSA ELIZABETH; IBAÑEZ ANDREA MARÍA (2023), “Lenguaje claro en las audiencias penales”, *Revista Pensamiento Penal*, nº 454, p. 2.

⁴ PINEDA PÉREZ, PILAR (s.f.), “Habilidades de comunicación”, *loc. cit.*, p. 8.

En el caso del mensaje escrito, esto se lograría mediante el uso de ciertas palabras, frases, tiempos, signos de puntuación o incluso, hoy en día, emoticonos. Por ejemplo, una pregunta bastante neutral como “¿Dónde estás?” puede tener un tono diferente si le añadimos más signos de interrogación o un emoticono de enfado. La valoración de una comida se puede limitar a la constancia de que estaba rica o decir que estaba exquisita y felicitar al chef.

La comunicación verbal normalmente viene acompañada por la llamada “comunicación no verbal”. Como apunta PINEDA PÉREZ, “(...) en la comunicación, el mensaje está compuesto por un 93 por ciento de lenguaje no verbal y el resto, verbal. Esto significa que la mayor parte de la información que transmite una persona es a través de la expresión de su cara, su mirada, las cualidades de su voz, los gestos de manos y brazos y su postura corporal. Tener este conocimiento en cuenta es muy valioso a la hora de comunicar y hacerlo eficazmente.”⁵ Si se trata de una comunicación directa o audiovisual, nos encontramos con todos los elementos de la comunicación no verbal; si se trata de una comunicación de solo audio, la gran importancia de la comunicación no verbal se transmite sobre todo a través del tono de la voz.

Entre las diferentes maneras de comunicación se suele resaltar la simpatía y la empatía, por lo que nos parece importante precisar el significado de ambos términos, para determinar más adelante cuál de ellas es importante también en la comunicación en el proceso judicial.

Así, la Real Academia Española define la empatía como la “capacidad de identificarse con alguien y compartir sus sentimientos”⁶. Por su parte, la simpatía se define como la “inclinación afectiva entre personas, generalmente espontánea y mutua.”⁷ Con lo cual la empatía está más vinculada con una situación agradable o desagradable que la persona comunicadora puede entender, mientras que la simpatía es una relación emotiva entre los interlocutores.

Nos gustaría terminar el estudio del concepto de la comunicación con las palabras de APA, que resalta que “al tratarse de un fenómeno compuesto, no solo es necesario poner el foco en quién emite el mensaje (emisor), sino que debe considerarse con gran rigurosidad a quién está dirigido el mensaje (receptor), teniendo en cuenta cuál es el propósito del mismo y el contex-

⁵ Ibidem, p. 35.

⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*. Disponible en: <https://dle.rae.es/empatia?m=form> (última consulta el 2 de noviembre de 2023).

⁷ Idem.

to en que tendrá lugar. La comunicación no es una práctica en abstracto, sino que ocurre en el marco de una situación concreta y con un propósito determinado”⁸.

2. LA PROBLEMÁTICA DE LA COMUNICACIÓN EN EL PROCESO JUDICIAL

El desempeño de la justicia forma parte de las funciones estatales que, a través de un sistema prediseñado, soluciona diferentes tipos de conflictos jurídicos para asegurar la convivencia y la paz social. En España, el 39 % de la población (es decir, aproximadamente 13 millones de personas), ha tenido algún contacto con la justicia⁹. Este contacto, que en la mitad de los casos ha sido único¹⁰, genera una opinión sobre el funcionamiento de la justicia y los operadores jurídicos. Así, en el 33 % de los casos el contacto con el sistema de justicia ha disminuido la confianza en él¹¹.

La peculiaridad de este contacto, entre otras cosas, radica en la posibilidad limitada de cambiar el profesional con quien se trata. Si el cambio de la asistencia letrada es más factible, la probabilidad de cambiar otros operadores jurídicos asignados, como un fiscal o un juez o magistrado, prácticamente se limita a la recusación por los motivos tasados en la ley. Así que, en muchas ocasiones, la opinión general sobre el funcionamiento de la justicia se basa en la experiencia del contacto con uno o dos profesionales.

El contacto con cualquiera de los operadores mencionados se materializa a través de la comunicación bi o multilateral y su éxito depende en gran parte de la percepción de lo comunicado por todas las partes. No obstante, la persona que acude al sistema judicial se enfrenta a un lenguaje específico, con muchos tecnicismos que puede conocer o comprender en mayor o menor grado, dependiendo de muchos factores. Por un lado, pueden ser circunstancias personales, como edad, nivel de estudios, procedencia, capacidad física o mental¹². Por otro lado, los operadores jurídicos, en mu-

⁸ APA, MÁXIMO JOSÉ (2021), “El Lenguaje judicial y el derecho a comprender”, *Pensar en Derecho*, nº 18, pp. 150-151.

⁹ METROSCOPIA (2023), “La imagen de la Justicia entre usuarios de sus servicios”, pp. 3 y 10.

¹⁰ *Ibidem*, p. 11.

¹¹ *Ibidem*, p. 21.

¹² EL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA (Argentina) nos pone el siguiente ejemplo: “[...] vivir en una ciudad no es lo mismo que hacerlo en un pueblo. O si se vive solo o acompañado. También determinará su modo de vida, nivel educativo, sociocultural, económico y el recorrido histórico de cada uno”. ZAPATA, LETICIA ÁNGELA (2020), “Lenguaje judicial y personas mayores”, *Revista Argumentos*, nº 11, p. 66.

chas ocasiones, elaboran textos totalmente comprensibles solamente para alguien que tiene cierta formación jurídica.

Como señala la Comisión de modernización del lenguaje jurídico, “las quejas formuladas ante el Servicio de atención al ciudadano del Consejo General del Poder Judicial [...] indican que el lenguaje jurídico es críptico y oscuro, y que resulta incomprensible para el ciudadano, especialmente en aquellos procedimientos en los que no es preceptiva la asistencia letrada.”¹³

Esta “oscuridad del lenguaje jurídico”, en palabras de GARCÍA CALDERÓN, “[...] es una de las magnitudes que ha permitido que triunfe en esta relación la condición de súbdito sobre la condición de ciudadano. La oscuridad produce desconfianza y, a consecuencia de ello, una forma de pasividad o de cierto fatalismo social.”¹⁴

Partiendo de este panorama, y coincidiendo con NIEVA FERROL y PARRA QUIJANO, en que “la justicia, es lo más humano que poseemos, y lo que, con diferencia, más nos distancia del resto de seres vivos”¹⁵, en las siguientes páginas profundizaremos en el concepto de la comunicación y en la problemática de la comunicación dentro del proceso judicial y sus consecuencias.

3. METODOLOGÍA

Para abordar el problema de la comunicación en el marco de proceso judicial, hemos llevado a cabo un análisis de la situación actual, basado en la revisión de las publicaciones sobre este tema, la normativa existente y en proyecto, así como la presentación de los resultados de la investigación llevada a cabo en el proyecto “Reformulando el tratamiento procesal de las víctimas de violencia sexual en procesos penales” (*RE-TREAT, Reshaping treatment approaches towards victims of sexual violence within criminal proceedings*). Además, para los fines de este estudio, se ha difundido un

¹³ COMISIÓN DE MODERNIZACIÓN DEL LENGUAJE JURÍDICO (2011), “Informe de la Comisión de modernización del lenguaje jurídico”, p. 2.

¹⁴ GARCÍA CALDERÓN, JESÚS M^a (2012), “Un nuevo derecho a comprender”, *Cuadernos de derecho y comercio*, nº 57, p. 148.

¹⁵ NIEVA FENOLL, JORDI, PARRA QUIJANO, JAIRO (2010) “La humanización de la justicia”, *Academia & Derecho*, nº 1, págs. 33-40. Como señala DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, “las estructuras procedimentales también resultan deshumanizadas puesto que se obliga a los sujetos a utilizar un lenguaje y unos revestimientos formales en actuaciones, tanto orales como escritas, que dificultan a la persona poder relacionarse de forma adecuada con un servicio público.” DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, YOLANDA (2023), “La humanización de la justicia con relación a las personas con discapacidad: el derecho fundamental de acceso a la misma en condiciones de igualdad”, *Revista de estudios europeos*, nº Extraordinario monográfico 2, p. 158.

cuestionario sobre la comprensión del lenguaje jurídico, orientado, sobre todo, a las personas cuyo idioma materno es el español, que no son juristas y que no trabajan en el ámbito jurídico. No obstante, no se excluyeron los juristas extranjeros de manera explícita, para poder comparar si las respuestas entre juristas y no juristas, españoles y extranjeros, se diferencian de manera significativa o no. Los términos y las frases incluidas en la encuesta se obtuvieron de las últimas sentencias de los Juzgados de lo Penal disponibles en el Centro de documentación judicial a fecha de 8 de noviembre de 2023. Se optó por las sentencias de estos Juzgados, considerando que, siendo competentes para el enjuiciamiento de los delitos menos graves, a los que presuponemos una instrucción menos compleja, el contenido de las sentencias podría ser más comprensible para las personas sin conocimientos jurídicos.

La encuesta fue respondida por 52 personas de entre 18 y 90 años¹⁶, el 92,3 % de las cuales tienen como idioma materno el español. El 88,5 % de los encuestados no son juristas, ni su trabajo está relacionado con el derecho. El 48,1 % no ha participado en ningún proceso judicial (ya sea como parte o testigo). Del 51,9 % de los encuestados que participaron en algún proceso judicial, el 85,2% contestó que la comunicación por parte de las autoridades judiciales no había sido clara¹⁷.

De manera general, el 96,2 % de los encuestados (incluyendo todos los juristas que respondieron a la encuesta) opinan que el lenguaje jurídico es demasiado complicado de entender para las personas que no se dedican a labores jurídicas y solamente el 3,8 % (2 personas) no lo consideraron complicado.

II. DERECHO A ENTENDER

1. DERECHO A ENTENDER Y ACCESO A LA JUSTICIA

Para comenzar este epígrafe, nos gustaría citar las palabras de ASCONA e IBAÑEZ: “Es imposible que los ciudadanos acaten lo resuelto por los jue-

¹⁶ Se pusieron franjas de edad de 18 a 30, de 31 a 50, de 51 a 70 y de 71 y 90 años. El 67,3 % encuestados tenían entre 31 y 50 años, el 19,2 % entre 51 y 70 años, el 7,7 % entre 71 y 90 años y el 5,8 % entre 18 y 30 años.

¹⁷ De 23 personas no juristas y 4 juristas que participaron alguna vez en algún proceso judicial, el 82,6 % y el 100 % respectivamente consideraron que la comunicación no había sido clara.

ces o puedan intervenir adecuadamente en defensa de sus derechos, si no comprenden lo que ocurre en un proceso y el resultado del mismo.”¹⁸

Entre los derechos constitucionales que se pueden ver negativamente afectados por la falta de entendimiento de las actuaciones procesales, CAMPO MORENO destaca las condiciones reales y efectivas de igualdad, la seguridad jurídica, la dignidad, la obtención de información veraz, la tutela judicial efectiva y la información sobre la acusación¹⁹. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, TEDH) en su sentencia en el caso *Panovits contra Chipre*²⁰ del 11 de marzo de 2009 señala que la falta de comprensión del proceso o de los derechos puede provocar la intimidación.

Por su parte, NUÑEZ SÁNCHEZ hace alusión al artículo 117.1 de la Constitución Española (“la Justicia emana del pueblo”) y considera que es imprescindible que los ciudadanos comprendan la justicia directamente, sin intermediarios y que “el derecho a comprender alcanza su más alto valor en la medida en que aparece como susceptible de tutela en amparo”²¹ del derecho a la tutela judicial efectiva y, a nuestro parecer, en particular, en el acceso a la justicia.

El Tribunal Constitucional considera que el derecho de acceso a la justicia²² tiene un “contenido propio y primario del derecho a la tutela judicial efectiva”²³. Es una de las facetas de la tutela judicial efectiva sin la cual esta última no se podría llevar a efecto, ya que no tendrían sentido sus fases posteriores, como la obtención de una resolución que ponga fin al proceso, el cumplimiento de la sentencia y los recursos.

Por su parte BARIFFI mantiene que “el acceso a la justicia se proyecta en tres dimensiones: legal, física y comunicacional”²⁴ y es esta última dimensión la que vamos a analizar con más detalle.

¹⁸ ASCONA, ROSA ELIZABETH; IBAÑEZ ANDREA MARÍA (2023), “Lenguaje claro en las audiencias...”, *loc. cit.*, p. 2.

¹⁹ CAMPO MORENO, JUAN CARLOS (2019), “El futuro de la modernización del lenguaje jurídico”, *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 8, p. 67.

²⁰ ECLI:CE:ECHR:2008:1211JUD000426804.

²¹ NUÑEZ SÁNCHEZ, ÁNGEL (2019), “El derecho a comprender”, *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 8, p. 111.

²² El Tribunal Constitucional literalmente se refiere al “derecho de acceso a la jurisdicción o al proceso”. Utilizamos el término “acceso a la justicia”, pero dependiendo de si se trata de la legislación o de jurisprudencia nacional o del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, nos encontramos, entre otros, con los términos “acceso a la jurisdicción” y “acceso al juez o tribunal”.

²³ Sentencia 133/2005, ECLI:ES:TC:2005:133.

²⁴ BARIFFI, FRANCISCO (2014), *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con Discapacidad*, pp. 180-181, extraído de FERRERO, ELIANA MARIEL (2021), “El len-

La comprensión en el acceso a la justicia tiene un papel importante, porque delimita el contenido y el alcance de la tutela judicial efectiva, por un lado, con la pretensión de la persona que considera que sus derechos o intereses han sido vulnerados, y, por otro lado, con la información que obtenga esta persona y otras partes del proceso sobre su desarrollo y los derechos de los que gozan en él. Como ha señalado la Comisión de modernización del lenguaje jurídico, “la claridad en la expresión oral y escrita de los profesionales del derecho incrementa la seguridad jurídica, permite que las personas conozcan sus derechos y obligaciones, sepan cómo y ante quién hacerlos valer [...]”²⁵ Por ejemplo, el artículo 12 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito establece que “la resolución de sobreseimiento será comunicada, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a las víctimas directas del delito que hubieran denunciado los hechos, así como al resto de víctimas directas de cuya identidad y domicilio se tuviera conocimiento.” Ahora bien, el contenido de esta comunicación debería ser lo suficientemente claro para que la víctima entienda qué es sobreseimiento, cuáles son sus efectos procesales, cómo afecta a su situación y qué puede hacer a partir de ese momento (por ejemplo, recurrir la resolución). Sin embargo, el 42,3 % de los encuestados de nuestra encuesta (véase el subepígrafe sobre la metodología) contestaron que no conocen el significado del término “sobreseimiento”²⁶.

Si la información trasladada a la víctima no es clara y adaptada a sus capacidades de comprensión, no podrá poner en práctica sus derechos dentro del proceso y, como consecuencia, no podrá valerse de la tutela judicial efectiva. Para sustentar esta afirmación, nos permitimos citar las palabras de CAMPO MORENO: “[...] la claridad en la expresión lingüística, hablada o escrita, constituye una cualidad rara y, me atrevería a decir, una virtud literaria que, aunque difícil de definir, la reconocemos y apreciamos de inmediato. Pues bien, la claridad en el lenguaje jurídico es donde esa virtud es más escasa y quizás más necesaria. Hasta el punto de que la claridad en el lenguaje jurídico enhebra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva,

guaje jurídico como barrera para el acceso a la justicia de personas con discapacidad”, *Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam* - Volumen 11 - n° 1, p. 8.

²⁵ COMISIÓN DE MODERNIZACIÓN DEL LENGUAJE JURÍDICO (2011), “Informe de la Comisión de modernización...”, *loc. cit.*, p. 5.

²⁶ Entre los diez términos planteados en la encuesta (atestado, circunstancia eximente, diligencias, encausado, parte personada, pleito, prescripción, revocación, sobreseimiento, vista), este término ha sido el más desconocido, seguido por revocación, parte personada, circunstancia eximente, diligencias y prescripción.

pues es el presupuesto para comprender el Derecho y su aplicación por los tribunales”²⁷.

Aunque hemos centrado nuestro análisis en las víctimas, como observa APA, el “derecho a comprender las sentencias judiciales no es una simple expresión de deseo, sino una garantía que debe ser reconocida no solo a toda persona que se encuentre implicada de alguna manera u otra en un proceso judicial, sino también a la sociedad en general.”²⁸

A nivel jurisprudencial, el TEDH en su sentencia en el asunto *V. contra el Reino Unido* ha destacado la importancia de la adaptación de las medidas para fomentar la capacidad de comprender y participar en el proceso para la correcta aplicación del derecho al proceso equitativo²⁹.

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha considerado en algunas sentencias la falta de comprensión de las actuaciones como un factor de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva³⁰. Por ejemplo, en la sentencia 77/2014, de 22 de mayo³¹, afirmó que la “mera notificación personal al recurrente de la citación a juicio y de la advertencia de que podría celebrarse en su ausencia cumplía formalmente los mandatos de la ley”, aunque más importante es “que el acusado comprendiera la relevancia de la citación a juicio y de la advertencia de que podría ser juzgado en su ausencia”. En la sentencia 161/2021, de 4 de octubre de 2021³², señala que, en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva, los tribunales tienen que tomar medidas para descartar las dudas sobre la capacidad de la persona involucrada en el procedimiento judicial para comprender este.

2. REGULACIÓN ACTUAL Y ASPIRACIONES

En cuanto a la mencionada “tercera dimensión” del acceso a la justicia, la comunicacional, desde el comienzo de la promoción de los derechos de las víctimas se les confiere a estas el derecho a la información³³, así como

²⁷ CAMPO MORENO, JUAN CARLOS (2019), “El futuro de la modernización ...”, *loc. cit.*, p. 59.

²⁸ APA, MÁXIMO JOSÉ (2021), “El Lenguaje judicial ...”, *loc. cit.*, p. 174.

²⁹ ECLI:CE:ECHR:1999:1216JUD002488894.

³⁰ Aunque ambas sentencias citadas se refieren a las personas con la discapacidad, se podría hacer la analogía otros participantes del proceso, sobre todo los que se consideran como personas vulnerables.

³¹ ECLI:ES:TC:2014:77.

³² ECLI:ES:TC:2021:161.

³³ Como advierte ORTEGA RUIZ, “se ha puesto el derecho a ser informado en el mismo nivel jurídico del derecho a comprender; se considera que no son similares, pero sí complementarios, puesto que el primero sería un derecho-fin y el segundo, un derecho-medio con el cual se alcanzaría la eficacia del derecho a la información.” ORTEGA RUIZ, LUIS GERMÁN (2023), “De las políticas

a un tratamiento respetuoso y no discriminatorio. No obstante, el énfasis directo en el derecho a entender la información recibida y todas las actuaciones procesales no se plasma en los textos legislativos europeos hasta la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo (en lo sucesivo, Directiva 2012/29/UE)³⁴.

Así, el artículo 3 de dicha Directiva obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas que ayuden a las víctimas a entender el proceso penal. La Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal³⁵, solamente apuntaba a la posible reducción de las dificultades de comunicación que “afecten a la comprensión y a la participación de la víctima”, como testigo o parte, “en las fases importantes del proceso penal”. Esto se debería hacer cuanto sea posible (así que no se trata de una acción imprescindible) y en términos parecidos al sujeto pasivo del proceso. En cambio, en la Directiva 2012/29/UE el derecho de la víctima a entender abarca el momento de la recepción de información sobre sus derechos y todas las actuaciones en el contexto del proceso penal. Se hace mención directa al “lenguaje sencillo y accesible, oralmente o por escrito” e individualizado, teniendo en cuenta las características personales de la víctima.

El considerando 38 de la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales³⁶, prevé que la aplicación práctica y efectiva del derecho a la información implica el uso de “un lenguaje sencillo y no técnico que pueda ser fácilmente comprendido por una persona lego carente de conocimientos de Derecho procesal penal”. Los artículos 3 y 5 reiteran el uso de lenguaje sencillo y accesible tanto en la comunicación oral, como escrita y teniendo en cuenta las necesidades de las personas vulnerables, por ejemplo, los menores de edad. Lo mismo se reitera en el considerando 63 y en el artículo 4 de la Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo

y los lineamientos para la implementación del lenguaje jurídico claro y fácil”, *Novum Jus* 17, nº 1, pp. 104-105.

³⁴ DOUE 14.11.2012, L315, pp. 57-73.

³⁵ DOUE 22.03.2001, L 82, pp. 1-4.

³⁶ DOUE 1.6.2010, L 142, pp. 1-10.

y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos y acusados en los procesos penales³⁷.

En 2020 se aprobó la primera Estrategia de la UE sobre los derechos de las víctimas (2020-2025)³⁸, donde se señala la transcendencia de la comunicación con las víctimas adaptada a sus necesidades específicas, en particular destacando las víctimas con discapacidad³⁹.

En el ámbito del Consejo de Europa, nos encontramos con una referencia al lenguaje claro en la Recomendación Rec (2002) 5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la protección de la mujer contra la violencia, donde se apunta a la puesta en disposición de “documentación especialmente orientada a las víctimas, informándoles de forma clara y comprensible de sus derechos”.

La Recomendación CM/Rec(2023)2 del Comité de Ministros a los Estados miembros en materia de derechos, servicios y apoyo a las víctimas del delito (en lo sucesivo, la Recomendación CM/Rec(2023)2) reitera el mismo derecho a entender, pero se diferencia de la Directiva 2012/29/UE en que:

- amplía su aplicación a todos los procedimientos judiciales (no solamente penales), a los servicios de apoyo y a los programas de justicia restaurativa;
- detalla más (con un sistema de *numerus apertus*) las características personales de la víctima que se debe tener en cuenta para lograr una comunicación eficaz⁴⁰;
- recomienda tener en cuenta, cuando sea posible, las preferencias de la víctima de comunicarse oralmente o por escrito.

Una parte de estas novedades se recogen en la Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2012/29/UE, 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 Consejo⁴¹, donde, en relación con el objeto de este estudio, se prevé lo siguiente:

- El establecimiento de líneas telefónicas de ayuda que sean fáciles de acceder y sencillas de usar, las cuales servirían de primer contacto

³⁷ DOUE 21.5.2016, L 132, pp. 1-20.

³⁸ COM(2020) 258 final.

³⁹ Ibidem, p. 5.

⁴⁰ Idioma, edad, madurez, capacidad intelectual y emocional, alfabetización y cualquier tipo de discapacidad que pueda afectar a la capacidad de entender o ser entendido.

⁴¹ COM(2023) 424 final.

con la víctima y le facilitarían información sobre sus derechos, ofrecerían apoyo emocional y, cuando sea necesario, remitirían la víctima a servicios de apoyo especializado. Los Estados miembros deberán garantizar que la línea sea accesible por lo menos en las lenguas más utilizadas en el Estado miembro. El proyecto no dice nada expresamente sobre el acceso adaptado a las personas discapacitadas. No obstante, como se prevé el acceso a las líneas de ayuda a “través de otras tecnologías de la información y las comunicaciones, especialmente los sitios web”, podemos suponer que esta disposición está dirigida también a la adaptación de la accesibilidad de la línea a las personas con diferentes discapacidades. Además, en la propuesta del nuevo artículo 26 *quater* se señala la posibilidad de que las víctimas con discapacidad accedan en igualdad de condiciones a los servicios de apoyo⁴².

- La elaboración de protocolos conjuntos de actuación de las autoridades competentes, que prevean, entre otras cosas, que la información que se facilite a las víctimas está individualizada y adaptada a las necesidades de las víctimas en cada momento del proceso, y que sea “sencilla y fácil de entender, proporcionada de manera oportuna o repetida a lo largo del tiempo, en múltiples formatos, especialmente oralmente, por escrito y digitalmente”. En relación con los formatos de información, se pone énfasis en la digitalización de la comunicación, pero su uso dependerá de las preferencias de la víctima. A la luz de los debates de los últimos años sobre la digitalización de la banca y las dificultades de uso por parte de las personas mayores, nos parece muy acertada la previsión del respeto de las preferencias de las víctimas en cuanto al uso de las comunicaciones digitalizadas. Como señala ZAPATA, “es en el ámbito del Poder Judicial desde donde se debe poner a disposición de las personas mayores que así lo requieran, todos los canales de comunicación: escrita, verbal, no verbal y los medios tecnológicos, ya que es un grupo heterogéneo, y como

⁴² Como señala ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, “[...] a la incorporación y permisión en la utilización de todas estas herramientas de interpretación, lectura facilitada e incluso la incorporación de equipos que sean capaces de hacer entender y ser entendido por las personas con discapacidad puede ayudar y mucho la asociación de las nuevas tecnologías.” ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, ROCÍO (2024), “Algunas consideraciones sobre el procedimiento para la adopción de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, en CALAZA LÓPEZ, SONIA; LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, MERCEDES; GUZMÁN FUJA, VICENTE (2023), *La discapacidad en la Jurisdicción penal, administrativa y laboral*, Dykinson, p. 199.

tal, no se le pueden aplicar reglas generales.”⁴³ Además, debido a que el acceso a la mayoría de los trámites digitalizados se realiza a través de identificación con el número de DNI o pasaporte, estos trámites pueden ser complicados o imposibles para las víctimas de tráfico de seres humanos en situación de estancia irregular.

- La existencia de procedimientos específicos de denuncia para las víctimas menores de edad, con especial mención al lenguaje accesible (individualizado según la edad y la madurez), la seguridad y la confidencialidad.

Entre las iniciativas Iberoamericanas, no podríamos omitir la mención a las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y la referencias al “diseño, divulgación y capacitación de una cultura cívica jurídica” (párrafo 27); la transmisión de la información relacionada con la participación de la persona vulnerable en el proceso judicial de manera accesible, comprensible y adaptada a las circunstancias y necesidades de la persona en cuestión (párrafos 51 y 55); así como el respeto de los mismos requisitos para la comprensión adecuada de las actuaciones judiciales (párrafo 58) y la comprensión de las actuaciones orales (párrafo 61).

En España, el derecho a comprender de manera genérica (refiriéndose a los ciudadanos en general y no a las partes procesales) se plasmó en la Carta de Derechos del Ciudadano ante la Justicia, la cual prevé que tanto en la comunicación escrita (notificaciones, citaciones, emplazamientos, requerimientos, resoluciones, sentencias), como en la oral (en las vistas y comparecencias) se utilice una terminología y un lenguaje comprensible para personas que “no sean especialistas en derecho”, “sin perjuicio de su rigor técnico”.

El derecho a entender se plasma en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que transpone la Directiva 2012/29/UE. Como se señala en el Preámbulo, el texto “trata de ser más ambicioso, trasladando al mismo las demandas y necesidades de la sociedad española”. Así las cosas, el artículo 4 prevé que la víctima goza de este derecho desde el momento en que se le proporciona “la información previa a la interposición de una denuncia” y “durante el proceso penal”. Como la ley no especifica qué

⁴³ ZAPATA, LETICIA ÁNGELA (2020), “Lenguaje judicial y personas...”, *loc. cit.*, p. 67. Sobre la desigualdad o exclusión digital y la accesibilidad a los servicios públicos digitales, véase EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (2023), “Fundamental rights of older persons. Ensuring access to public services in digital societies”, pp. 12, 16 y 19.

es la información previa, ni qué autoridad la proporciona, aplicando una interpretación coherente con la Directiva 2012/29/UE, podríamos deducir que se trata de cualquier información relacionada con la victimización y de cualquier autoridad competente en cuyo conocimiento la víctima pone el hecho del delito. En cuanto al momento en que finaliza la vigencia de este derecho, una interpretación sistemática de la Ley, especialmente teniendo en cuenta las disposiciones del artículo 13, permite concluir que la víctima goza del derecho a ser entendida durante todo el proceso penal, incluyendo la fase de ejecución de la sentencia. Al igual que en la normativa europea, se prevé que la claridad y la accesibilidad del lenguaje tiene que ser adaptada a las características personales de la víctima. Pero se va más allá y se enumeran algunas categorías concretas de personas, cuyas necesidades especiales se deben tener en cuenta: “personas con discapacidad sensorial, intelectual o mental o su minoría de edad.”⁴⁴

Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Criminal menciona la claridad y la comprensión del lenguaje utilizado en:

- El artículo 433, en relación con la declaración de los testigos, “estando el Juez obligado a informarles, en un lenguaje claro y comprensible, de la obligación que tienen de ser veraces y de la posibilidad de incurrir en un delito de falso testimonio en causa criminal.”
- El artículo 520, en relación con la información proporcionada a la persona detenida, “[...] en un lenguaje comprensible y que resulte accesible al destinatario. A estos efectos se adaptará la información a su edad, grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una limitación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilita.” La observancia del lenguaje sencillo y comprensible se reitera en el párrafo octavo del mismo artículo con respecto al derecho del detenido o preso de renunciar a la asistencia letrada.

Por último, nos gustaría mencionar que el plan “Justicia 2030”, entre otras dimensiones del desarrollo y mejora, dentro del objetivo “Acceso a derechos y libertades”, prevé los proyectos del lenguaje accesible, señalando, que “Sin renunciar al rigor técnico, es necesario asegurar una mayor accesibilidad a su comprensión por la ciudadanía.”⁴⁵

⁴⁴ Así, por ejemplo, el artículo 10 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia prevé el uso de un lenguaje claro y comprensible en el asesoramiento y la información que se proporcione a este colectivo.

⁴⁵ “Justicia 2030”, p. 42. Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/InstListDownload/Justicia2030.pdf> (última consulta el 5 de abril de 2024).

III. COMUNICACIÓN DENTRO DEL PROCESO JUDICIAL

La comunicación sobre una vulneración o posible vulneración de una norma jurídica da comienzo y sigue presente durante todo el proceso, hasta la fase de ejecución.

Si la comunicación sobre una vulneración de las disposiciones legales habitualmente procede de personas ajenas a los órganos de seguridad y justicia, a partir del momento de esta notificación, se transforma en la comunicación entre una persona leiga y las autoridades encargadas de impartir o administrar justicia. En este escenario, es sustancial asegurar que “una justicia moderna es una justicia que la ciudadanía es capaz de comprender.”⁴⁶

Si en el momento de informar sobre la vulneración o posible vulneración de una norma jurídica la persona que proporciona estos datos es el “emisor” del mensaje y las autoridades competentes son sus “receptores”, tras el comienzo del proceso los roles se intercambian y las autoridades se convierten en los emisores. En el caso del primer emisor, el lenguaje del mensaje transmitido se podría considerar como corriente, comprensible para la mayoría de las personas; en cambio, en el caso del segundo emisor, el lenguaje utilizado es específico, jurídico y, como afirma APA, “bastante especial, al contar con una posición de dominio y buscar frecuentemente el anonimato [...], mientras que el receptor por lo general ocupa una posición de subordinación respecto al mensaje que se le dirige.”⁴⁷

1. COMUNICACIÓN ORAL Y ESCRITA

El artículo 229 de la Ley Orgánica 6/1985, del 1 de julio, del Poder Judicial, prevé el principio de oralidad de las actuaciones judiciales. No obstante, esta regla está sujeta a bastantes excepciones, y, además, las actuaciones orales tienen que ser documentadas. Como consecuencia, la comunicación que se lleva a lo largo del proceso es tanto oral, como escrita.

Nos gustaría emprender el análisis de la comunicación oral, ya que es la forma más habitual de denunciar un hecho delictivo y es el primer contacto de la víctima o su entorno cercano con el sistema de justicia penal que, en las palabras de RICH y SEFFRIN, podría ser “la tarea que más intimida”⁴⁸. De allí nace la relevancia de dos momentos:

⁴⁶ COMISIÓN DE MODERNIZACIÓN DEL LENGUAJE JURÍDICO (2011), “Informe de la Comisión...”, *loc. cit.*, p. 2.

⁴⁷ APA, MÁXIMO JOSÉ (2021), “El Lenguaje judicial...”, *loc. cit.*, p. 151.

⁴⁸ RICH, KAREN; SEFFRIN, PATRICK (2013), “Police Officers’ Collaboration with Rape Victim Advocates: Barriers and Facilitators”, *Violence and Victims*, vol. 28 nº 4, p. 681.

1. La recepción de la *notitia criminis* por la parte de la autoridad competente.
2. La comunicación de sus derechos al denunciante.

A pesar de la variedad de sujetos que pueden denunciar un hecho delictivo, partimos de la premisa de que, en la mayoría de los casos, sería la propia víctima.

Como hemos mencionado, en la comunicación oral tienen gran importancia no solamente las palabras, sino también la comunicación no verbal. Si se trata de un contacto directo en el momento de denunciar un hecho delictivo, la reacción en su conjunto por parte de la autoridad competente adquiere una extraordinaria importancia: tanto las frases, como el tono (por ejemplo, sin sarcasmo ni demasiada frialdad), la expresión de la cara (por ejemplo, sin levantamiento de cejas o sonrisas) y la postura corporal (por ejemplo, sin apoyarse excesivamente la espalda en la silla y sin tener las manos cruzadas). Evitar este tipo de la comunicación no verbal negativa permite a la víctima sentirse segura, sin intimidación y revictimización.

En relación con lo mencionado anteriormente sobre la simpatía y la empatía en la comunicación, consideramos que, aunque la simpatía puede ser prescindible en la comunicación procesal, la empatía forma parte esencial de la recepción de la *notitia criminis*, especialmente si se trata de delitos violentos, dirigidos contra la persona. Como señala PINERA PÉREZ, “la comunicación empática implica hacer ver que, aunque no se entienda exactamente qué es lo que sucede o no se compartan los sentimientos de la otra persona, sí se ven y hay una predisposición a acompañarla en su situación según su necesidad.”⁴⁹ Así, la autoridad competente debería transmitir un mensaje de comprensión de la situación de la víctima, aunque sin implicación emocional personal, que entendemos que sería imposible y agotador psicológicamente, como también sucede en el caso de la relación-comunicación entre un médico y un paciente. La empatía es aún más importante cuando se trata de personas vulnerables, como por ejemplo menores o personas con alguna discapacidad⁵⁰.

En cuanto a la comunicación oral posterior al inicio del proceso, debería mantener las mismas características, sin perjuicio de la imparcialidad de las autoridades judiciales y de los derechos del sujeto pasivo del proceso. En estas circunstancias, aunque no siempre se pueda mantener la empatía,

⁴⁹ PINEDA PÉREZ, PILAR (s.f.), “Habilidades de comunicación”, *loc. cit.*, p. 60.

⁵⁰ Véase ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, ROCÍO (2023), “Algunas consideraciones sobre el procedimiento...”, *loc. cit.*, p. 171.

no se debería prescindir de ella en el primer contacto con la víctima y, en las demás ocasiones, asegurar al menos la objetividad, el trato respetuoso hacia su personalidad y la experiencia delictiva vivida. Esto debería ser la regla de actuación no solamente de las autoridades judiciales, fiscales, agentes de los cuerpos y fuerzas de seguridad y peritos, sino también de los abogados que, sin dejar de ejercer su labor de defensa de la persona encausada o acusada, deben mantener siempre el trato respetuoso hacia las víctimas⁵¹.

En cuanto al lenguaje / terminología empleada en la comunicación verbal, lo vamos a analizar más adelante, aunque nos gustaría matizar que en la comunicación oral la víctima tiene posibilidad de preguntar directamente los conceptos que desconozca y obtener una respuesta o una aclaración inmediata, adaptada a su capacidad de comprensión.

En cuanto a la comunicación escrita, como hemos señalado, forma parte inseparable del proceso que tiene que ser documentado. Comparando los dos tipos de comunicación, cabe señalar que la comunicación escrita tiene tendencia a una mayor complejidad y al uso de tecnicismos, que además no se pueden aclarar en el momento.

⁵¹ Por ejemplo, para mejorar el tratamiento procesal de las víctimas del delito de violencia sexual, SOLETO MUÑOZ Y JULLIEN DE ASIS recomiendan reforzar las unidades policiales con “formación especializada centrada en la perspectiva y los intereses de las víctimas, con especial esfuerzo en identificar prejuicios, mejora de técnicas de comunicación y gestión ágil de los casos” y “formación de los operadores del sistema de justicia, además de la ya señalada policía, en victimización sexual, Jueces, Fiscales, servicios de atención a víctimas, abogados y autoridades penitenciarias (previsto parcialmente en LOGILS).

- a) Perspectiva de género en la victimización.
- b) Comprensión de mitos relacionados con la violencia sexual.
- c) Variabilidad de intereses de las víctimas de violencia sexual.
- d) Estrategias de comunicación con víctimas de delito sexual y allegados.
- e) Lenguaje forense respetuoso con la perspectiva de las víctimas.
- f) Profundización en exclusión probatoria y control de preguntas en interrogatorio de las víctimas”.

SOLETO MUÑOZ, HELENA; JULLIEN DE ASIS, JESSICA (2023), “Los intereses de justicia de las víctimas de violencia sexual percepción de operadores y víctimas del tratamiento procesal”, *Revista de la Asociación de profesores de Derecho Procesal de las universidades españolas*, nº 7, pp. 69-70.

2. LENGUAJE JURÍDICO Y DESAFÍOS A LOS QUE SE ENFRENTAN SUS RECEPTORES

Como señalan RAMÍREZ, PÉREZ Y LANNE-LENNE, “un profesional cualquiera, dado su grado de especialización, puede comprender los textos propios de su profesión y ámbito de conocimiento, y, a la vez, tener grandes dificultades e incluso ser incapaz de comprender los de cualquier otra ciencia o profesión más allá de un nivel divulgativo.”⁵²

Los estudios jurídicos de grado y postgrado hacen que los graduados estén acostumbrados al lenguaje jurídico, de modo que la comprensión de una comunicación con terminología específica de su ámbito no les supone mayor problema⁵³. Sin embargo, las personas legas que se ven obligadas a comparecer ante la justicia y tienen que acudir a ella se encuentran con la dificultad de entender la información comunicada, si se utilizan expresiones estrictamente jurídicas sin aclaraciones en lenguaje más común.

Según GARCÍA CALDERÓN, dentro de lenguaje jurídico podemos distinguir tres subgrupos:

- El lenguaje legislativo⁵⁴,
- El lenguaje judicial o forense, y
- El lenguaje administrativo, utilizado por las Administraciones Públicas⁵⁵.

⁵² RAMÍREZ, JUAN DANIEL, PÉREZ, JORGE, LANNE-LENNE, LUÍS (2019), “Lectura fácil y lenguaje claro del acceso a la información al derecho a comprender”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, N° 58, p. 96.

⁵³ Aunque, como señalan CARRETERO GONZÁLEZ y FUENTES GÓMEZ, “[...] con el tiempo se pierden conocimientos de aquellas materias jurídicas que no se utilizan. Esto supone que, si nosotros dominamos, por ejemplo, fundamentalmente materias administrativas y procesales, cuando nos informen o leamos un escrito plagado de terminología financiera, si no hay explicaciones suficientes o términos más comprensibles, nos veremos obligados a analizar la terminología para desentrañarla y comprenderla porque ya no nos resultará tan familiar ni clara.”, CARRETERO GONZÁLEZ, CRISTINA; FUENTES GÓMEZ, JULIO CARLOS (2019), “La claridad del lenguaje jurídico”, *Revista del Ministerio Fiscal*, n° 8, p. 18.

⁵⁴ Véase más detalles sobre este tema en *ibidem*, pp. 20-27, 32-36.

⁵⁵ Véase GARCÍA CALDERÓN, JESÚS M^a, “Un nuevo derecho a comprender”, *loc. cit.*, p. 147. Nos referimos a esta clasificación, aunque no desestimamos otras de contenido muy parecido. Por ejemplo, la propuesta por CARRETERO GONZÁLEZ y FUENTES GÓMEZ, que distinguen otros tres ámbitos que pueden influir al lenguaje jurídico: la comunicación del ejecutivo, legislativo y judicial. Véase CARRETERO GONZÁLEZ, CRISTINA; FUENTES GÓMEZ, JULIO CARLOS (2019), “La claridad del lenguaje...”, *loc. cit.*, p. 20. Por su parte, CAMPO MORENO diferencia “El lenguaje de la norma, el lenguaje forense y la motivación de las resoluciones”, CAMPO MORENO, JUAN CARLOS (2019), “El futuro de la modernización...”, *loc. cit.*, p. 54. También nos gustaría destacar las dimensiones de comunicación indicadas por NUÑEZ SÁNCHEZ, que se refiere a las actuaciones judiciales y los operadores jurídicos, a las normas legislativas, al lenguaje administrativo y a los medios de comunicación. Véase, NUÑEZ SÁNCHEZ, ÁNGEL (2019), “El derecho a comprender”, *loc. cit.*, p. 110.

Dentro de estos tres grupos, el mismo autor considera que el lenguaje judicial o forense es “el más distanciado de la sociedad”⁵⁶.

Analizando las respuestas al cuestionario creado para este estudio, podemos ver que los encuestados tenían menor dificultad para entender términos extraídos de la legislación que algunas frases recogidas en sentencias judiciales.

Varios autores⁵⁷ destacan diferentes desafíos con los que se encuentra el receptor del mensaje jurídico. Los intentamos agrupar según el tipo de comunicación.

Así, en la comunicación oral (obviando el análisis de su parte no verbal) podríamos destacar el léxico específico y el abuso de latinismos. En la comunicación escrita, especialmente en las resoluciones judiciales, se suelen encontrar párrafos demasiado largos y en general una extensión excesiva, construcciones perifrásticas y/o pasivas, así como expresiones arcaicas. Como señala FERRERO, “se advierte también el uso —y abuso— de los siguientes dispositivos verbales: tendencia al empleo de verbos no conjugados (infinitivos, participios y gerundios), fórmulas estereotipadas, construcciones nominales (los verbos o acciones tienden a transformarse en sustantivos), elección de estructuras impersonales y pasivas, entre otros.”⁵⁸

El estudio realizado en el marco del proyecto RE-TREAT ha mostrado que, a pesar del progreso en la comunicación, las víctimas entrevistadas en España y Grecia “expresan de manera consistente confusión, falta de entendimiento y gran incertidumbre durante la evolución del proceso penal. Por ello, es necesario mejorar las técnicas y los instrumentos de comunicación que se emplean en las distintas fases del proceso.”⁵⁹

En el espacio libre para los comentarios de la encuesta lanzada para este estudio, 19 encuestados (el 36,5 %) se pronunciaron sobre la complejidad

⁵⁶ GARCÍA CALDERÓN, JESÚS M^a, “Un nuevo derecho a comprender”, *loc. cit.*, p. 147.

⁵⁷ Véase, por ejemplo: APA, MÁXIMO JOSÉ (2021), “El Lenguaje judicial...”, *loc. cit.*, pp. 152-154; CARRETERO GONZÁLEZ, CRISTINA; FUENTES GÓMEZ, JULIO CARLOS (2019), “La claridad del lenguaje...”, *loc. cit.*, pp. 9-14; FERRERO, ELIANA MARIEL (2021), “El lenguaje jurídico ...”, *loc. cit.*, p. 6; MONTOLÍO DURÁN, ESTRELLA (2019), “Hacer más claro el discurso judicial. Propuestas lingüísticas de optimización”, *Revista del Ministerio Fiscal*, n° 8, pp. 78-91; SASTRE DOMÍNGUEZ, ICÍAR (2022), “Un recorrido por la modernización del lenguaje jurídico en la actualidad: nuevas vías de simplificación de las sentencias en lengua española”, *Ars Iuris Salmanticensis. Estudios*, vol. 10, pp. 109-119; ZAPATA, LETICIA ÁNGELA (2020), “Lenguaje judicial y personas...”, *loc. cit.* p. 64.

⁵⁸ FERRERO, ELIANA MARIEL (2021), “El lenguaje jurídico...”, *loc. cit.*, p. 6.

⁵⁹ SOLETO MUÑOZ, HELENA; OUBIÑA BARBOLLA, SABELA (2022), *Reformulando el tratamiento procesal de las víctimas de violencia sexual en procesos penales*, Dykinson, p. 193.

del lenguaje jurídico. A modo de ejemplo mostramos a continuación algunas de las observaciones:

- “Que no está hecho para la gente de calle, que aquellos interesados que no entienden de leyes ni son abogados y que son los más interesados por las conclusiones no entienden nada y en mi caso un abogado ha de ayudarte a entender qué dicen.”
- “El lenguaje jurídico debería ser más cercano con las personas que necesitan este servicio público, y asegurarse de que las partes entienden perfectamente lo que se le está comunicando.”

La mayoría de los comentarios coinciden que la comunicación escrita hace un uso excesivo de frases largas, terminología muy técnica y arcaísmos. También destacan la vulnerabilidad del ciudadano frente a la justicia, debido a la imposibilidad de entender completamente los elementos procesales relacionados con él.

Ponemos como ejemplo dos citas extraídas de sendas sentencias, la primera dictada por un Juzgado de lo Penal y la segunda por el Tribunal Supremo:

- “Llegado el día señalado para la Vista y declarado abierto el acto del Juicio, se dio inicio a la práctica de la prueba comenzando con el interrogatorio del acusado seguido de la prueba testifical. Dada la documental por reproducida, fueron elevadas las conclusiones a definitivas con emisión de informe por el Ministerio Fiscal y valoración de la prueba por la acusación particular y por la defensa, dando seguidamente por finalizado el acto y quedando los autos pendientes del dictado de Sentencia.”⁶⁰
- “La refutación del alegato del recurrente se puede hacer por simple remisión a la motivación fáctica de la sentencia de instancia reforzada con los razonamientos jurídicos del Tribunal de apelación que convalidan esa motivación. De hecho el Fiscal, con buen criterio, en lugar de tratar de articular otra reiterativa justificación de la condena se remite nuclearmente a ellas reproduciendo algunos pasajes más significativos extraídos del persuasivo fundamento jurídico segundo de la sentencia de apelación.”⁶¹

La primera ha sido incluida en la encuesta realizada y el 65,4 % de los encuestados contestaron que no entendían bien esta frase, que solo el 13

⁶⁰ SJP 1/2023, ECLI:ES:JP:2023:1.

⁶¹ STS 5691/2023, ECLI:ES:TS:2023:5691.

% de los no juristas y el 50 % de los juristas comprendía bien. Esto nos lleva a concluir que hasta algunos juristas prefieren que el lenguaje de las sentencias sea más claro.

Todo esto transforma el lenguaje jurídico en “un dialecto de difícil comprensión”⁶², un “estilo culto que provoca frialdad”⁶³ y, como consecuencia, podría alterar el derecho a la tutela judicial efectiva.

Aunque hemos puesto algunos ejemplos de lenguaje poco claro, también tenemos que reconocer que en la última década se han dado pasos relevantes para simplificar el lenguaje jurídico, desarrollando diferentes guías y algunas buenas prácticas que vamos a analizar en otra parte de este estudio⁶⁴.

Como apuntan los resultados del sondeo de opinión “La imagen de la justicia entre usuarios de sus servicios”, en caso de participación en un juicio penal (un 26 % de todos encuestados que han participado en cualquier tipo de juicio⁶⁵), entre un 86 % y 98% de los encuestados entendía sus derechos en el juicio, el procedimiento que se seguía, las obligaciones ante el tribunal y el asunto tratado⁶⁶. Aun así, cabe precisar que se trata solamente del juicio y no del proceso entero, y no se detalla qué papel han tenido las personas encuestadas en juicio. Con toda probabilidad habría diferencias entre la comunicación con un testigo, que puede durar menos de una hora, y con la víctima o el acusado, presente en numerosas actuaciones procesales.

Por otro lado, debemos reconocer que una parte considerable de las sentencias mantienen el rigor jurídico, pero a la vez son fáciles de entender gracias a la mejora sintáctica. Buscando términos y frases para nuestra encuesta, hemos encontrado sentencias de algunos Juzgados de lo Penal su-

⁶² FERRERO, ELIANA MARIEL (2021), “El lenguaje jurídico...”, *loc. cit.*, p. 7.

⁶³ CARRETERO GONZÁLEZ, CRISTINA; FUENTES GÓMEZ, JULIO CARLOS (2019), “La claridad del lenguaje...”, *loc. cit.*, p. 13.

⁶⁴ En la Unión Europea podríamos destacar lo siguiente:

- En todos los Estados miembros, salvo Suecia, los jueces tienen acceso a cursos específicos sobre comunicación con las víctimas de violencia de género o doméstica.
- En la mayoría de los Estados miembros, salvo Austria, Chipre, Croacia, Eslovenia, Finlandia, Francia, Hungría, Italia, Rumanía y Suecia, los jueces tienen acceso a cursos específicos sobre comunicación con personas mayores.
- En todos los Estados miembros, salvo Países Bajos, los menores de edad pueden recibir información procesal en lenguaje accesible y adaptado a su edad.

Véase, COMISIÓN EUROPEA, Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Cuadro de Indicadores de la Justicia en la UE de 2023”, COM(2023)309 final, pp. 25, 26, 28.

⁶⁵ Un 62 % en un juicio civil, un 32 % en un juicio laboral y un 12 % en un juicio contencioso-administrativo.

⁶⁶ Véase METROSCOPIA (2023), “La imagen de la Justicia...”, *loc. cit.*, pp. 7, 11 y 16.

mamente claras, no demasiado extensas y donde los jueces han mantenido un equilibrio perfecto entre el rigor jurídico y la posibilidad de comprensión por personas legas. Como ha señalado SASTRE DOMÍNGUEZ, “[...] el rigor léxico y conceptual no debe ser equivalente a oscuridad; y menos si hay formas alternativas y más claras de expresar lo mismo que permitan que no haya necesidad de tener formación jurídica para comprenderlas”⁶⁷.

3. BUENAS PRÁCTICAS

Antes de analizar algunas buenas prácticas, nos gustaría delimitar el contenido de los conceptos “lenguaje claro” y “lectura fácil”.

Para empezar, como podemos ver, la lectura fácil abarca solamente la comunicación escrita, mientras que el concepto de lenguaje claro es aplicable tanto a la comunicación oral como escrita. El primer concepto significa una comunicación más comprensible, cercana a la actualidad y a la persona a quien se dirige la comunicación, sin alterar el contenido de esta, ni resumirlo⁶⁸. El segundo concepto implica la simplificación, un resumen del texto, su adaptación a las necesidades específicas del receptor de la comunicación escrita, debido por ejemplo a una discapacidad, y que puede incluir tanto un resumen del texto original en palabras, como el uso de dibujos, símbolos o un formato de texto adaptado a las necesidades específicas de los lectores⁶⁹. Como señala GARCÍA MUÑOZ, escribir en lectura fácil “significa seleccionar los puntos más importantes de un documento para que se comprendan y se tomen decisiones.”⁷⁰

⁶⁷ SASTRE DOMÍNGUEZ, ICÍAR (2022), “Un recorrido por la modernización...”, *loc. cit.*, p. 98.

⁶⁸ BEJARANO BEJARANO y BERNAL CHÁVEZ han propuesto definir el lenguaje claro escrito como “Estilo de escritura y presentación textual con el que se elaboran los documentos producidos por hablantes de distintas entidades públicas y privadas del país, orientado a la transmisión transparente y efectiva de la información. Se caracteriza por organizar los contenidos y las estructuras de manera concreta y precisa, y por orientar el diseño para la fácil lectura y comprensión, además de un uso correcto, eficaz y eficiente por parte de los ciudadanos.” BEJARANO BEJARANO, DANIEL EDUARDO; BERNAL CHÁVEZ, JULIO ALEXANDER (2021), “La definición de lenguaje claro a partir de unas breves consideraciones lingüísticas”, LIÉVANO, BETSY PERAFÁN (ed.), *Por el Derecho Comprender: Lenguaje Claro*. 1ª ed. Siglo del Hombre Editores S.A., p. 46.

⁶⁹ Véase FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS, INSTITUTO LECTURA FÁCIL (2017), “Accesibilidad Cognitiva, Lectura Fácil y Lenguaje Claro en la Administración Pública Local”, pp. 8-9. FERRERO, ELIANA MARIEL (2021), “El lenguaje jurídico...”, *loc. cit.*, p. 12.

⁷⁰ GARCÍA MUÑOZ, OSCAR (2012), “Lectura fácil: métodos de redacción y evaluación”, p. 24.

A continuación, sin ánimo de ser exhaustivos, vamos a estudiar algunas buenas prácticas de lenguaje claro, menos analizadas en otros trabajos académicos sobre este tema⁷¹.

Desde la perspectiva internacional, nos gustaría mencionar el estándar ISO 24495-1:2023 *Plain language — Part 1: Governing principles and guidelines*. Se trata de una de las iniciativas más recientes, no limitada a un campo concreto, es decir, aplicable a cualquier ámbito de la vida, incluyendo la justicia, pero solamente aplicable a los textos escritos. Así, la norma ISO 24495-1:2023 define el lenguaje claro como la “comunicación en la que la redacción, la estructura y el diseño son tan claros que los lectores a los que va dirigida pueden fácilmente encontrar lo que necesitan, comprender lo que encuentran y utilizar esa información.”⁷² El documento se fundamenta en cuatro principios a tener en cuenta para la elaboración de documentos:

1. Los lectores obtienen lo que necesitan.
2. Los lectores pueden encontrar fácilmente lo que necesitan.
3. Los lectores pueden comprender fácilmente lo que encuentran.
4. Los lectores pueden utilizar fácilmente la información⁷³.

En resumen, estos principios se traducen en la relevancia y en la posibilidad de encontrar, comprender y utilizar la información. Para lograrlo, antes de empezar a redactar un documento, se tiene que identificar para qué fin o fines el lector lo va a consultar y a leer: por ejemplo, seguir instrucciones para completar una tarea, decidir hacer o no hacer algo, intentar comprender un tema, averiguar qué quiere el autor que haga, aprender sobre un tema de interés, adquirir los conocimientos necesarios para un fin determinado, etc. Para que el lector pueda encontrar lo que necesita, se hacen referencias a la estructura y a la forma de presentar la información importante y destacable, por ejemplo, exponiendo la información que necesita la mayoría de los lectores antes de la que necesitan solo unos pocos de ellos, y destacando con el formato los conceptos claves. Si al nivel jurídico la estructura de muchos

⁷¹ Véase ARENAS ARIAS, GERMÁN JAIR (2018-2019), “Lenguaje claro (derecho a comprender el Derecho), *Eunomía. Revista en Cultura de la legalidad*, nº 15, pp. 254-258; CAMPO MORENO, JUAN CARLOS (2019), “El futuro de la modernización...”, *loc. cit.*, pp. 63, 66; CARRETERO GONZÁLEZ, CRISTINA; FUENTES GÓMEZ, JULIO CARLOS (2019), “La claridad del lenguaje...”, *loc. cit.*, p. 7; GARCÍA CALDERÓN, JESÚS, “Una retórica para la igualdad”, *loc. cit.*, pp. 48, 57. MONTOLÍO DURÁN, ESTRELLA, “Hacer más claro el discurso...”, *loc. cit.*, pp. 77; MONTOLÍO, ESTRELLA; TASCÓN, MARIO (2020), *El derecho a entender, op. cit.*, pp. 73-76, SASTRE DOMÍNGUEZ, ICÍAR (2022), “Un recorrido por la modernización ...”, *loc. cit.*, pp. 101 y 104.

⁷² ISO 24495-1:2023 *Plain language — Part 1: Governing principles and guidelines*.

⁷³ Ídem.

documentos está dictada por la Ley y nos parece bastante lógica (tal vez por una cuestión de simple costumbre), consideramos muy importante la reflexión sobre a quién va dirigido el documento: por ejemplo, si se limita a un círculo cerrado de juristas o a un público más amplio y lego. Como señala FERNÁNDEZ, el lenguaje jurídico tiene carácter tecnolecto, pero no se debe olvidar su “dimensión socioinstitucional”, de modo que “cuando se rompe el equilibrio y el énfasis se pone solo en el vector que configura el tecnolecto se corre el riesgo de caer en una suerte de endogamia.”⁷⁴

En el caso de las resoluciones que ponen fin al proceso o limitan derechos fundamentales, ¿deberían pensar sus emisores en los demás operadores jurídicos, la posible lectura por otros tribunales en caso de recurso o en las partes procesales? Nosotros creemos que al menos deberían tenerse muy en cuenta las partes cuyos intereses y vida pueden verse directamente afectados por una resolución judicial.

En la Unión Europea, aunque no contamos con guías especializadas en lenguaje procesal claro, existen pautas generales sobre cómo escribir y traducir las propuestas legislativas, cuya aplicación se podría extender fácilmente al lenguaje procesal. Así, la Comisión Europea insiste en condicionar el texto y la forma de exponerlo a su percepción por el lector, es decir, pensar en el destinatario del mensaje escrito. Además, en la aplicación de las normas al ámbito del lenguaje judicial tiene mucha relevancia la afirmación de que “el valor de un documento no aumenta por el hecho de que sea más largo.”⁷⁵

Nos ha llamado la atención que el premio “Balanza de Cristal de la Justicia”, que se otorga en el marco de la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia a las mejores prácticas innovadoras y eficaces relativas al funcionamiento de la justicia, los procedimientos judiciales o la organización de los tribunales, en muchas ocasiones se ha concedido a proyectos enfocados a la facilitación del contacto de la ciudadanía con la justicia⁷⁶. Así, en 2010 el

⁷⁴ FERNÁNDEZ, RAÚL ET AL (2019), “Análisis de la dimensión comunicativa de las resoluciones judiciales. Cómo interpretan ciudadanos, periodistas y operadores judiciales las sentencias de interés público o gravedad institucional”, *Investigaciones Aplicadas en el Ámbito del Poder Judicial e Córdoba V*, p. 142.

⁷⁵ COMISIÓN EUROPEA (2015), “Cómo escribir con claridad”, p. 6. Más sobre las guías europeas véase MONTOLÍO, ESTRELLA; TASCÓN, MARIO (2020), *El derecho a entender. La comunicación clara, la mejor defensa de la ciudadanía*, Prodigioso Volcán, Los libros de la Catarata, pp. 62-64.

⁷⁶ Por ejemplo, en 2023 el premio fue otorgado al proyecto chipriota *Kids in Court Game (KICGame)*, que consiste en cuatro juegos diseñados para preparar a los niños para declarar ante un tribunal. Véase más información en: <https://www.coe.int/en/web/cepej/events/crystal-scales-of-justice-prize-form-jury> (última consulta el 15 de diciembre de 2023). También se reconocieron

ganador fue un proyecto del Tribunal Administrativo de Yambol (Bulgaria), relacionado con la mejora de la comunicación entre los juzgados y ciudadanos, bajo el lema “Todos somos iguales ante la ley, pero no todos somos iguales ante la lengua”⁷⁷. El proyecto consistía en la ejecución de un plan de comunicación más abierta con los ciudadanos y los medios de comunicación, mediante el uso del lenguaje sencillo por parte de las autoridades judicial y la elaboración de una “Carta del Cliente” escrita en un lenguaje también sencillo.

En relación con la atención a las personas más vulnerables, en particular niños, y el lenguaje utilizado, el cuerpo de policía de Dorset (Reino Unido) creó un equipo de Vulnerabilidad que elaboró una política de lenguaje adecuado que, entre otras cosas, prevé garantizar que todos los agentes se centren en la experiencia del niño, evitar el uso de frases pasivas y el uso de términos que sean poco comprensibles para los niños, sustituir el uso de referencia al caso por el nombre del menor para hacer la comunicación más cercana, y utilizar un lenguaje empático⁷⁸.

Al nivel nacional nos gustaría analizar una de las últimas iniciativas, la “Guía de redacción judicial” (en lo sucesivo, la Guía), aplicable a la comunicación escrita. La Guía abarca cuestiones como la “arquitectura” informativa del documento (desde la introducción de una nota explicativa con un par de frases sobre el objetivo y contenido del documento, pasando por la estructura y terminando con el contenido informativo, todo ello con sencillez, brevedad y precisión⁷⁹), la sintaxis y la percepción del documento como un

algunas iniciativas españolas. Así, en 2014 el proyecto ganador fue “Expediente Electrónico de Justicia Gratuita”, elaborado por el Consejo General de la Abogacía Española. Véanse más información: <https://www.coe.int/en/web/cepej/events/crystal-scales-of-justice-prize/2014> (última consulta el 15 de diciembre de 2023). Y en 2012, entre los proyectos destacados estuvo el proyecto Lexnet. Véanse más información en <https://www.coe.int/en/web/cepej/events/crystal-scales-of-justice-prize/2012> (última consulta el 15 de diciembre de 2023).

⁷⁷ Véase COUNCIL OF EUROPE, “2010 edition of the Crystal Scales of justice”, <https://www.coe.int/en/web/cepej/events/crystal-scales-of-justice-prize/2010> (última consulta el 15 de diciembre de 2023).

⁷⁸ Véase APPIAH, AFUA; BAGULEY, STEVE; SPACE, FAROOQ ROMANA (2021), “Making words matter. Attending to Language when working with children subject to or at risk of Exploitation: A Practice & Knowledge Briefing”, p. 15.

⁷⁹ Como destacan las autoras, “el principio general que debe dirigir la actividad de todo redactor o revisor de la redacción de un texto judicial del siglo XXI es la brevedad y la síntesis. En un mundo sobrecargado de información como el nuestro, la brevedad es un requisito imprescindible. Y la brevedad exige precisión y seguridad jurídica. Por ello, hay que delimitar con exactitud la información que necesariamente tiene que incluir un documento según la finalidad para la que se elabora. De este modo, se consigue no fatigar, confundir o desviar la atención de sus destinatarios.” MONTOLÍO DURÁN, ESTRELLA; GARCÍA ASENSIO, MARÍA ÁNGELES (2023), “Guía de redacción

medio de diálogo con el lector-destinatario, que puede ser tanto un jurista como un ciudadano lego⁸⁰. La referencia al destinatario lego coincide con la reflexión que hicimos en su momento, al comentar la orientación hacia el lector recogida en el estándar ISO 24495-1:2023. Como señalan las autoras de la Guía: “El jurista tiene que sentirse cómodo con estos documentos, percibir precisión, rigor técnico y seguridad jurídica. El ciudadano también quiere poder acceder a la lectura de los textos de forma amable, respetuosa, sin ambigüedades y con confianza.”⁸¹ Entre los aspectos para fomentar el diálogo, cierta cercanía y, como consecuencia, la confianza en el sistema judicial, nos parece relevante la instauración en los documentos de la relación “yo-usted-nosotros”, pasando de las formas despersonalizadas de redacción a la indicación concreta del comunicador y el destinatario⁸². Debido a los tecnicismos propios del lenguaje jurídico, también se recomienda el uso reducido de sinónimos solo conocidos por juristas, pero no tanto por los ciudadanos de a pie, a los que puede confundir, especialmente “si se trata de distintas maneras de denominar a unas mismas personas implicadas en un procedimiento judicial”⁸³.

En cuanto al uso del lenguaje fácil, como hemos mencionado en otro estudio⁸⁴, la colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial y algunas ONG ha resultado en que el Centro de Documentación Judicial ya dispone de un filtro de búsqueda de “Resoluciones de lectura fácil”, donde, a fecha de 29 de febrero de 2024, se han podido localizar solo 66 sentencias, 64 de ellas en el orden civil, 1 en el orden penal y 1 en el orden social. Queríamos señalar que, desde el estudio anterior, terminado en diciembre de 2022, el número de las sentencias no ha variado (en un año).

Para terminar este subepígrafe, nos gustaría comentar la “Guía divulgativa procesal para mujeres víctimas de violencia de género”, redactada como lectura fácil, donde se explica de manera resumida, pero clara, qué es el proceso judicial civil y penal, cuáles son los derechos de las víctimas,

judicial clara: el derecho de la ciudadanía a entender: claves para redactar documentos judiciales eficaces”, p. 17.

⁸⁰ Ibidem, p. 9.

⁸¹ Ibidem, p. 29.

⁸² Como uno de los ejemplos, se propone la sustitución de las frases “INCÓESE JUICIO POR DELITO LEVE que se anotará en los registros de este Juzgado. Procédase por el/la Letrado de la Administración de Justicia al señalamiento para la celebración de juicio [...]” con la frase “Dispongo las siguientes acciones judiciales: 1. Iniciar un juicio por delito leve, y anotarlo en los registros de este juzgado.” Ibidem, p. 30.

⁸³ Ibidem, p. 37.

⁸⁴ Véase más sobre este tema en FIODOROVA, ANNA (2023), *La víctima en el proceso: perspectiva nacional y europea*, Aranzadi, p. 171.

cómo se desarrolla el juicio oral, se dan respuestas a las preguntas frecuentes, y se explican los principales términos jurídicos y las referencias a los servicios relevantes. Por ejemplo, se explica de manera sucinta cuál es el objeto del proceso penal y del proceso civil, la diferencia entre los distintos procedimientos dentro de estas jurisdicciones, y se incluye un esquema de la disposición de los actores clave durante el juicio. La descripción del proceso y otros aspectos se acompaña en la parte derecha de cada página con unos cuadros pequeños, donde se explican los conceptos, como procurador, juez y partes⁸⁵.

IV. CONCLUSIONES

La comunicación es un elemento inseparable de la vida, del que pueden depender nuestras elecciones, logros, errores y bienestar en todas sus posibles formas. El contacto con la justicia y los operadores jurídicos en muchas ocasiones suele ser la consecuencia de algún conflicto, ya sea laboral, familiar o penal, que ya de por sí ha afectado y tal vez disminuido la sensación de seguridad y confianza de una persona. Estando ya confundida por el propio conflicto, lo que necesita esta persona es comprender qué está pasando, qué puede o debe hacer y cuáles son las posibles soluciones. En este contexto, hemos visto que la falta de claridad de la comunicación puede influir negativamente en algunos derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por lo tanto, la manera de comunicarse de los operadores jurídicos tiene una transcendencia fundamental para que la persona que tiene contacto con el sistema judicial comprenda el proceso, su papel en él, sus consecuencias y la solución del conflicto legal, de donde surge el derecho a entender. A veces la desconfianza, la decepción e incluso la frustración con el sistema jurídica no procede de una decisión insatisfactoria, sino de la falta de comprensión: cómo se tomó la decisión, qué significa, cuáles son sus consecuencias o qué pasos podría haber dado la persona afectada para prevenirla o cambiar el rumbo de la solución.

En este estudio hemos podido comprobar que tanto la legislación europea como nacional de los últimos diez-quince años ya incorpora el derecho a entender y se refiere a la comunicación oral y escrita en lenguaje claro y

⁸⁵ DIRECCIÓN GENERAL DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y ASISTENCIA A VÍCTIMAS, Junta de Andalucía, “Guía divulgativa procesal para mujeres víctimas de violencia de género”, 2020.

sencillo y, cuando sea necesario, más individualizado, adaptándose a las necesidades específicas de las personas, sobre todo, de las más vulnerables.

En las diferentes herramientas prácticas también se percibe una tendencia a pensar en el destinatario del mensaje y su nivel de comprensión de los asuntos jurídicos. Contamos con guías y proyectos tanto sobre lenguaje claro, como sobre lenguaje fácil.

No obstante, el análisis de las respuestas a la encuesta realizada y de las observaciones de otros estudios anteriores permite concluir que, en muchos casos, se sigue considerando que los receptores de la mayor parte de la comunicación en el marco del proceso judicial son operadores jurídicos, ignorando que las partes verdaderamente afectadas por el conflicto legal son personas mayoritariamente legas en derecho y en su vida cotidiana ajenas al sistema de justicia.

Con esto podríamos concluir que, aunque ya existen bases sólidas para una comunicación adecuada, todavía queda un largo camino por recorrer en la aproximación de la comunicación jurídica a la comprensión de los receptores de este servicio público.

V. BIBLIOGRAFÍA

- APA, MÁXIMO JOSÉ (2021). “El Lenguaje judicial y el derecho a comprender”, *Pensar en Derecho*, 18, pp. 149-177.
- APPIAH, AFUA; BAGULEY, STEVE; SPACE, FAROOQ ROMANA (2021). “Making words matter. Attending to Language when working with children subject to or at risk of Exploitation: A Practice & Knowledge Briefing”.
- ARENAS ARIAS, GERMÁN JAIR (2018-2019). “Lenguaje claro (derecho a comprender el Derecho)”, *Eunomía. Revista en Cultura de la legalidad*, nº 15, pp. 249-261.
- ASCONA, ROSA ELIZABETH; IBAÑEZ ANDREA MARÍA (2023). “Lenguaje claro en las audiencias penales”, *Revista Pensamiento Penal*, nº 454, pp. 1-16.
- BEJARANO BEJARANO, DANIEL EDUARDO; BERNAL CHÁVEZ, JULIO ALEXANDER (2021), “La definición de lenguaje claro a partir de unas breves consideraciones lingüísticas”, LIÉVANO, BETSY PERAFÁN (ed.), *Por el Derecho Comprender: Lenguaje Claro*. 1ª ed. Siglo del Hombre Editores S.A.
- CAMPO MORENO, JUAN CARLOS (2019). “El futuro de la modernización del lenguaje jurídico”, *Revista del Ministerio Fiscal*, N°8. pp. 58-71.
- CARRETERO GONZÁLEZ, CRISTINA; FUENTES GÓMEZ, JULIO CARLOS (2019). “La claridad del lenguaje jurídico”, *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 8, pp. 7-40.
- COMISIÓN DE MODERNIZACIÓN DEL LENGUAJE JURÍDICO (2011). “Informe de la Comisión de modernización del lenguaje jurídico”.

COMISIÓN EUROPEA:

- (2015) “Cómo escribir con claridad”;
- (2020) Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Estrategia de la UE sobre los derechos de las víctimas (2020-2025)”, COM(2020)258 final.
- (2023) Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Cuadro de Indicadores de la Justicia en la UE de 2023”, COM(2023)309 final

DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, YOLANDA (2023). “La humanización de la justicia con relación a las personas con discapacidad: el derecho fundamental de acceso a la misma en condiciones de igualdad”, *Revista de estudios europeos*, nº Extraordinario monográfico 2(2023), pp. 156-181.

DIRECCIÓN GENERAL DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y ASISTENCIA A VÍCTIMAS, Junta de Andalucía (2020). “Guía divulgativa procesal para mujeres víctimas de violencia de género”.

EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (2022). “European judicial systems CEPEJ Evaluation Report. Tables, graphs and analyses. Part 1”.

FERNÁNDEZ, RAÚL ET AL (2019), “Análisis de la dimensión comunicativa de las resoluciones judiciales. Cómo interpretan ciudadanos, periodistas y operadores judiciales las sentencias de interés público o gravedad institucional”, *Investigaciones Aplicadas en el Ámbito del Poder Judicial e Córdoba V*, pp. 127-173.

FERRERO, ELIANA MARIEL (2021). “El lenguaje jurídico como barrera para el acceso a la justicia de personas con discapacidad”, *Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam - Volumen 11 - nº 1*, pp. 3-16.

FIODOROVA, ANNA (2023), *La víctima en el proceso: perspectiva nacional y europea*, Aranzadi.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (2023), “Fundamental rights of older persons. Ensuring access to public services in digital societies”.

GARCÍA CALDERÓN, JESÚS M^a (2012). “Un nuevo derecho a comprender”, *Cuadernos de derecho y comercio*, nº 57, pp. 141-178.

GARCÍA MUÑOZ, OSCAR (2012). “Lectura fácil: métodos de redacción y evaluación”. Disponible en: <https://www.plenainclusion.org/sites/default/files/lectura-facil-metodos.pdf> (última consulta 14.12.2023).

METROSCOPIA (2023). “La imagen de la Justicia entre usuarios de sus servicios”.

MONTOLÍO DURÁN, ESTRELLA (2019). “Hacer más claro el discurso judicial. Propuestas lingüísticas de optimización”, *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 8, 2019, pp. 72-95.

MONTOLÍO, ESTRELLA; TASCÓN, MARIO (2020), *El derecho a entender. La comunicación clara, la mejor defensa de la ciudadanía*, Prodigioso Volcán, Los libros de la Catarata.

- NIEVA FENOLL, JORDI; PARRA QUIJANO, JAIRO (2010). “La humanización de la justicia”, *Academia & Derecho*, nº 1, pp. 33-40.
- NUÑEZ SÁNCHEZ, ÁNGEL (2019). “El derecho a comprender”, *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 8, pp. 96-113.
- ORTEGA RUIZ, LUIS GERMÁN (2023). “De las políticas y los lineamientos para la implementación del lenguaje jurídico claro y fácil”, *Novum Jus* 17, 1, pp. 99-115.
- PINEDA PÉREZ, PILAR (s.f.), “Habilidades de comunicación”, Universidad Internacional de Valencia.
- RAMÍREZ, JUAN DANIEL; PÉREZ, JORGE, LANNE-LENNE, LUÍS (2019). “Lectura fácil y lenguaje claro del acceso a la información al derecho a comprender”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 58, pp. 91-107.
- RICH, KAREN; SEFFRIN, PATRICK (2013). “Police Officers’ Collaboration with Rape Victim Advocates: Barriers and Facilitators”, *Violence and Victims*, vol. 28 nº 4, pp. 681-696.
- SASTRE DOMÍNGUEZ, ICÍAR (2022). “Un recorrido por la modernización del lenguaje jurídico en la actualidad: nuevas vías de simplificación de las sentencias en lengua española”, *Ars Iuris Salmanticensis. Estudios*, vol. 10, 2022, pp. 95-143.
- SOLETO MUÑOZ, HELENA; JULLIEN DE ASIS, JESSICA (2023). “Los intereses de justicia de las víctimas de violencia sexual percepción de operadores y víctimas del tratamiento procesal”, *Revista de la Asociación de profesores de Derecho Procesal de las universidades españolas*, nº 7, pp. 49-80.
- SOLETO MUÑOZ, HELENA; OUBIÑA BARBOLLA, SABELA (2022). *Reformulando el tratamiento procesal de las víctimas de violencia sexual en procesos penales*, Dykinson.
- ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, ROCÍO (2023), “Algunas consideraciones sobre el procedimiento para la adopción de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, CALAZA LÓPEZ, SONIA; LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, MERCEDES; GUZMÁN FUJA, VICENTE, *La discapacidad en la Jurisdicción penal, administrativa y laboral*, Dykinson, pp. 171-194.
- ZAPATA, LETICIA ÁNGELA (2020). “Lenguaje judicial y personas mayores”, *Revista Argumentos*, nº 11, pp. 63-71.

ESPECIALIZACIÓN JUDICIAL Y ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD*

Judicial specialisation and access to justice for vulnerable people

JOSÉ CARO CATALÁN

Profesor Ayudante Doctor

Universidad de Cádiz

jose.caro@uca.es

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ACCESO A LA JUSTICIA Y PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD. 1. Algunas consideraciones previas sobre el acceso a la justicia. 2. Acceso a la justicia y personas en condición de vulnerabilidad. III. CONCEPTO DE ESPECIALIZACIÓN JUDICIAL. IV. LA ESPECIALIZACIÓN JUDICIAL POR RAZÓN DE LA VULNERABILIDAD. 1. Consideraciones generales. 2. Manifestaciones de la especialización judicial por razón de la vulnerabilidad en España. V. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA ESPECIALIZACIÓN JUDICIAL. 1. Ventajas. 2. Inconvenientes. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: En este trabajo se lleva a cabo un análisis del fenómeno de la especialización judicial y su proyección sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Para ello, en primer lugar, se contextualizan y se delimitan los conceptos de especialización judicial y de acceso a la justicia. En segundo lugar, se identifican y se analizan algunas manifestaciones de especialización judicial por razón de la vulnerabilidad. Y, por último, se revisan las ventajas y desventajas de la especialización judicial, en general, y de la especialización judicial por razón de la vulnerabilidad, en particular.

Abstract: This paper analyses the phenomenon of judicial specialisation and its impact on access to justice for people in vulnerable situations. To this end, firstly, the concepts of judicial specialisation and access to justice are contextualised and delimited. Secondly, examples of judicial specialisation on the grounds of vulnerability are identified and analysed. Finally, the advantages and disadvantages of judicial specialisation on grounds of vulnerability are reviewed.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación “El acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad: especial referencia al ejercicio del derecho de defensa”, financiado por el Plan Propio de la Universidad de Cádiz, con número de referencia PR2022-028. Asimismo, es el resultado parcial de una estancia de investigación realizada en el verano de 2022 en la Universidad Erasmus de Rotterdam, financiada por la Fundación Privada Manuel Serra Domínguez.

Palabras clave: Acceso a la justicia, personas en condición de vulnerabilidad, especialización judicial.

Key words: Access to justice, vulnerable people, judicial specialisation.

Abreviaturas

100 Reglas de Brasilia	Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.
CCJE	Consejo Consultivo de Jueces Europeos.
CE	Constitución española.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
ODS	Objetivos de Desarrollo Sostenible.

I INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos, la “eficiencia” se ha consagrado como un valor fundamental del sistema de justicia¹. Las reformas legislativas van encaminadas a conseguir que la justicia, en términos organizativos y funcionales, sea más eficiente. El Real Decreto-ley 6/2023 de 19 de diciembre, por el que el Gobierno aprueba medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, es una clara muestra de ello. En esta línea, el plan del Ministerio de Justicia “Justicia 2030”² sitúa como objetivo prioritario el de conseguir un servicio público de justicia más eficiente a través de la “transformación organizativa” que, entre otras cosas, debe suponer una mayor especialización de los órganos judiciales.

Esta idea no es novedosa. Que la división y especialización del trabajo tiene un efecto positivo en la productividad es conocido, al menos, desde el s. XVIII, cuando Adam Smith teorizó sobre los beneficios de la división del trabajo. En el mundo actual, la especialización ha alcanzado cotas insospechadas en la mayoría de los sectores económicos. Sin embargo, en el ámbito de la justicia, la sensación generalizada es que el proceso de espe-

¹ BARONA VILAR, S., “Mutación de la justicia en el siglo XXI. Elementos para una mirada poliédrica de la tutela de la ciudadanía”, *Justicia poliédrica en periodo de mudanza (Nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad)* (ed. Silvia Barona Vilar), Tirant lo Blanch, 2022, p. 33.

² “Justicia 2030”, *Ministerio de la Presidencia, Justicia y de Relaciones con las Cortes* (<https://www.justicia2030.es/inicio>; última consulta: 11/03/2024).

cialización no ha seguido el mismo ritmo³. Y ello a pesar de que la falta de un grado de especialización suficiente de los órganos judiciales, personal jurisdiccional y personal colaborador se ha identificado como una de las “fuentes de ineficiencia” del sistema de justicia español⁴.

Ahora bien, el fenómeno de la especialización judicial no debe valorarse únicamente desde el prisma de la eficiencia del sistema. Desde un punto de vista antropocéntrico, lo verdaderamente relevante es valorar cómo la organización *ad intra* del sistema de justicia interfiere en el servicio que se presta al ciudadano. En concreto, nos parece interesante poner el foco en aquellos ciudadanos que tienen más dificultades para acceder a la justicia en un sentido amplio, esto es, en las personas en condición de vulnerabilidad. En este sentido, las 100 Reglas de Brasilia, entre las medidas de tipo organizativo que recomienda para mejorar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, incluye la especialización judicial.

Siguiendo esta orientación, en este trabajo nos proponemos analizar, con carácter general, la efectividad de esta medida en términos de acceso a la justicia. Para ello, tras realizar una breve contextualización sobre el problema, tratamos de delimitar el concepto de especialización judicial para, con posterioridad, realizar un análisis crítico sobre las ventajas e inconvenientes que lleva aparejada esta medida.

II. ACCESO A LA JUSTICIA Y PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD

1. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL ACCESO A LA JUSTICIA

Desde un punto de vista estrictamente procesal, el derecho de acceso a la justicia forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE —y en otros textos internacionales⁵—. En este sentido, se ha dicho que el derecho a acceder a la justicia se configura como un *prius* lógico para obtener la deseada tutela

³ VIJAY DAMLE, S., “Specialize the judge, not the court: a lesson from the German Constitutional Court”, *Virginia Law Review*, vol. 91, núm. 5, 2005, 1267.

⁴ PASTOR, S., *Análisis económico de la justicia y reforma judicial*, Tirant lo Blanch, 2016, p. 652.

⁵ Por su importancia, merece ser destacado el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que los reconoce bajo la rúbrica de “derecho a un proceso equitativo”, o el art. 47 de la Carta Europea de Derechos fundamentales, que hace lo propio bajo la rúbrica de “derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial”.

judicial efectiva⁶. Así lo viene entendiendo el Tribunal Constitucional que, en reiterados pronunciamientos, ha declarado que “el acceso a la justicia forma parte del contenido primario del derecho a la tutela judicial efectiva; y se concreta en el derecho a ser parte en el proceso para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas”⁷. Desde esta perspectiva, la vigencia del derecho de acceso a la justicia impide que los requisitos de carácter procedimental establecidos en la ley restrinjan u obstaculicen de forma injustificada el acceso de los ciudadanos al proceso jurisdiccional⁸. En estos términos, el análisis doctrinal de este derecho se suele centrar en sus límites, que se manifiestan en forma de condiciones o requisitos *legales* de naturaleza procesal o material⁹.

Sin embargo, en este trabajo no partimos de la concepción procesal clásica de acceso a la justicia, sino de una visión más amplia e integradora. Siguiendo a AÑÓN, trataremos el acceso a la justicia como un derecho “multidimensional”¹⁰. El acceso a la justicia, como movimiento de carácter político y jurídico, nace al calor del Estado social. Una vez se superan los postulados ideológicos del Estado liberal, se asume que el mercado no es capaz de atender las necesidades de un sector importante de la sociedad, generando situaciones de desigualdad y pobreza¹¹. En este contexto, en la Europa de mediados del s. XX, se consolida en todas las democracias industrializadas el Estado social —también: Estado del bienestar—, que consiste en “la realización de actividades por parte del poder público para asegurar a todos los habitantes empleo productivo, educación básica, atención a la salud, sanidad pública, acceso a un adecuado nivel nutricional, así como a la vivienda, a la recreación y a pensiones por invalidez, jubilación y muerte”¹².

Esta evolución en el pensamiento político también se proyectó sobre el derecho de los ciudadanos a acceder a la justicia. Porque, aunque las constituciones liberales del s. XIX ya incorporaban, de forma más o menos explí-

⁶ MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al Derecho Procesal*, 11.^a, Tirant lo Blanch, 2021, p. 217.

⁷ Por todas, *vid.* STC 130/2022 de 24 de octubre, que referencia algunas de las sentencias que han sentado esta idea.

⁸ RUIZ-RICO RUIZ, G., CARAZO LIÉBANA, M. J., *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 32.

⁹ Entre otras *vid.* STC 8/1998, de 13 de enero, F.J. 3; STC 38/1998, de 17 de febrero, F.J. 2; STC 63/1999, de 26 de abril.

¹⁰ AÑÓN, M. J., “El derecho de acceso como garantía de justicia: perspectiva y alcance”, cit. p. 20.

¹¹ PORRAS NADALES, A., “El Estado Social”, *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, 2014, p. 571.

¹² ANDRADE SÁNCHEZ, E., *Teoría general del Estado*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 311-312.

cita el derecho de los ciudadanos a acceder a la justicia¹³, la consolidación del Estado del bienestar resaltó su dimensión social. Como ha apuntado AÑÓN, el cambio de paradigma supone entender que “no se trata solo de un elemento fundamental del Estado de Derecho y del buen gobierno ligado a parámetros como la independencia, la imparcialidad, la integridad, la credibilidad del sistema judicial y la lucha contra la impunidad y la corrupción, es también un derecho central para construir una sociedad orientada a garantizar la igualdad y la justicia”¹⁴. Desde esta óptica, resulta más fácil comprender que el papel del Estado no en este ámbito no consiste únicamente en fijar unas reglas procesales adecuadas y el establecer una organización judicial que permita a los ciudadanos ejercer este derecho. El Estado debe, además, procurar el acceso efectivo a la justicia en condiciones de igualdad a todos los ciudadanos, garantizando para ello que la prestación jurisdiccional se realice de manera ágil y eficiente¹⁵. Esta visión integradora nos obliga, en palabras de JUAN-SÁNCHEZ, a analizar su vigencia atendiendo a criterios que van más allá de la corrección formal de los procesos judiciales, valorando elementos que afectan, por ejemplo, a la calidad del servicio o a la satisfacción del ciudadano como usuario¹⁶. Es ahí donde el factor “especialización” puede ser relevante.

2. ACCESO A LA JUSTICIA Y PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD

Siguiendo a LORENZETTI, la concepción liberal del derecho imperante durante el s. XIX y XX se asentaba sobre el valor jurídico libertad y, consecuentemente, sobre el principio de auto-responsabilidad. Es decir, al Estado le preocupaba únicamente la igualdad *formal* de los ciudadanos ante la ley

¹³ Aunque no en términos exactos, se pueden encontrar derechos de carácter procesal en los arts. 244, 247 y 280 de la Constitución de 1812; art. 9 de la Constitución de 1837; art. 9 de la constitución de 1825, entre otros. A nivel comparado, la muchos de los textos políticos de los países más avanzados incluían declaraciones similares. ALGAZA VILLAAMIL, O., “Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978”, 2.ª ed., Marcial Pons, 2016, p. 189.

¹⁴ AÑÓN, M. J., “El derecho de acceso como garantía de justicia: perspectiva y alcance”, *Acceso a la justicia y garantía de los derechos en tiempos de crisis*, (coord. Cristina García-Pascual), Tirant lo Blanch, 2018, p. 31.

¹⁵ ORTELLS RAMOS, M., “Jurisdicción y servicio público de justicia”, *Introducción al Derecho Procesal* (dir. Manuel Ortells Ramos), 9.ª ed., Aranzadi, 2019, p. 44.

¹⁶ JUAN SÁNCHEZ, R., “Calidad de la justicia, gestión de los tribunales y responsabilidades públicas. Algunos estándares internacionales y otras buenas prácticas para favorecer el acceso a la justicia”, *Acceso a la justicia y garantía de los derechos en tiempo de crisis: de los procedimientos tradicionales a los mecanismos alternativos*, (coord. Cristina García Pascual), Tirant lo Blanch, 2018, p. 77.

—y la justicia—¹⁷. A partir de ahí, cada quién asumía las responsabilidades positivas o negativas de sus actos. Esta idea, como apunta este autor, “choca frontalmente con la noción de vulnerabilidad que, por el contrario, se basa en otro valor que es la igualdad, no la libertad, y que desarrolla otro principio que no es el de la auto-responsabilidad sino el de la protección”¹⁸. Ya que, como hemos señalado, la evolución en el pensamiento político también ha afectado a la forma de entender el acceso a la justicia y su relación con las personas en condición de vulnerabilidad. El rol del Estado ya no se reduce a crear un sistema procesal y proveerlo de normas y medios suficientes. El Estado tiene el deber de procurar un sistema de justicia que satisfaga las necesidades de tutela jurisdiccional de los ciudadanos y para que esto sea así, antes que nada, ese sistema debe ser accesible para todos. De este modo, si existen obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la justicia de determinados colectivos, el Estado tiene el deber de removerlos, utilizando para ello todos los medios de los que dispone —legales, materiales, organizativos, etc.—.

Pero antes de poner el foco en el método, conviene profundizar algo más sobre el problema que se pretende resolver con su aplicación. Para ello es conveniente realizar algunas precisiones sobre el concepto de “persona en condición de vulnerabilidad”. A tal efecto, debemos ser conscientes de que se trata de un concepto dinámico, relacional y contextual¹⁹. Es muy difícil, por tanto, tratar de ofrecer un marco abstracto comprensivo de todas las realidades en las que este fenómeno se manifiesta. Más aún si se tiene en cuenta que en muchas ocasiones este término se utiliza de forma rutinaria y sin una reflexión previa que lo justifique²⁰.

En términos generales, podemos afirmar que la vulnerabilidad es una condición inherente al ser humano. Por el hecho de nacer, todos estamos expuestos a enfermedades, epidemias o catástrofes naturales que pueden

¹⁷ LORENZETTI, R., “Acceso a la justicia de los sectores vulnerables”, *Defensa pública: Garantía de acceso a la justicia*, Ministerio Público de la Defensa, La Ley, 2008, p. 62. (recuperado en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29270.pdf>; última consulta: 13/03/2024).

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ MARQUES CEBOLA, C., ALMEIDA, S., SARDINHA MONTEIRO, S., “El procedimiento de acompañamiento del mayor de edad en Portugal: el papel del Ministerio Fiscal y del Médico Forense”, *Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y en la Unión Europea* (dir. Arturo Álvarez Alarcón), Tirant lo Blanch, 2021, pp. 411-435.

²⁰ MORONDO TARAMUNDI, D., “¿Un nuevo paradigma para la igualdad? La vulnerabilidad entre condición humana y situación de indefensión”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2016, p. 207.

mermar o acabar con nuestra existencia²¹. Sin embargo, cuando hablamos de vulnerabilidad en el sentido que aquí se hace, el concepto no se vincula con elementos naturales sino con el entorno social, político, económico, jurídico o cultural de la persona. Es decir, desde una perspectiva socio estructural²². El llamado giro “hacia la vulnerabilidad”²³ supone admitir que los ciudadanos se enfrentan a “obstáculos sociales y jurídicos, graves y específicos que les impiden alcanzar y ostentar un ámbito de titularidad de derechos y una amplitud y profundidad en su goce equivalentes a los que poseen los «ciudadanos normales»”²⁴. De manera muy gráfica, LAFUENTE TORRALBA ha apuntado que la vulnerabilidad presenta dos dimensiones, una externa y otra interna. La primera supone la exposición a un riesgo, que se representa como una amenaza para una persona o grupo de personas. La segunda, en cambio, se refiere a la incapacidad o dificultad del sujeto para vencer, por sí mismo, este riesgo²⁵. Ante esta realidad, el Estado no puede permanecer impasible y debe adoptar acciones dirigidas a erradicar o, al menos, reducir, las dos dimensiones de la vulnerabilidad.

En un primer momento, este concepto se incorporó con fuerza al ámbito de las políticas públicas de carácter social. Sin embargo, su incidencia es cada vez mayor en el ámbito jurídico y, en particular, en el procesal. Esto tiene todo el sentido. El derecho sustantivo suele proteger a las personas y colectivos más desfavorecidos a través de diversos mecanismos. El problema es que, en muchas ocasiones, este tipo de disposiciones no son respetadas espontáneamente por aquellos que se encuentran en una situación de superioridad, siendo necesaria la actuación de la jurisdicción. Es ese contexto donde el objetivo de “garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos” (ODS 16.3.) adquiere todo su sentido.

²¹ FINEMAN, A. M., “The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition”, *Yale Journal of Law & Feminism*, vol. 20, núm 1, 2008, p. 10.

²² RIBOTTA, S., “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia”, *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 6, núm. 2, 2012, p. 7.

²³ BURGORGUE-LARSEN, L., “La vulnérabilité saisie par la philosophie, la sociologie et le droit. De la nécessité d’un dialogue interdisciplinaire”, *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe* (dir. Laurence Burgorgue-Larsen), Pedone, 2014, p. 241.

²⁴ MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., “Introducción: aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el derecho europeo”, *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo* (coords. Carlos R. Fernández Liesa y Fernando M. Mariño Menéndez), Ministerio de Trabajo e inmigración, Subdirección General de Publicaciones, 2001, pp. 19-20.

²⁵ LAFUENTE TORRALBA, A. J., “Las reformas del proceso civil en defensa de los vulnerables: una gran virtud y varios pecados capitales”, *Los vulnerables ante el proceso civil* (dirs. Juan Francisco Herrero Perezagua y Javier López Sánchez), Atelier, 2022, p. 24.

El problema del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad es global y por eso ha sido objeto de especial atención en algunos textos internacionales. El ejemplo más destacado es el de las “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, más comúnmente denominadas como “Las 100 Reglas de Brasilia”. Como ha expuesto ÁLVAREZ ALARCÓN, estas reglas de *soft law*, aprobadas en el seno de la Cumbre Judicial Iberoamericana en el año 2008, son, en realidad, unas “recomendaciones dirigidas a favorecer que las personas que padecen una condición que las hace vulnerables puedan acceder a la justicia en defensa de sus derechos, de modo que dicha vulnerabilidad no constituya un obstáculo para la defensa de aquello que es suyo y que la ley reconoce”²⁶.

Este instrumento internacional está conformado por un conjunto de recomendaciones muy variadas y heterogéneas. Se abordan, por ejemplo, cuestiones relativas a las partes, como la asistencia jurídica gratuita, el derecho al intérprete o el derecho a que estén informadas sobre sus derechos. También se refieren a la utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos o a la protección de las víctimas. Pero, en lo que aquí interesa, las 100 Reglas de Brasilia recomiendan a los Estados una serie de medidas de naturaleza organizativa y procesal. Entre otras cosas, apuestan por el establecimiento de una justicia especializada. A tal efecto, la regla 40, bajo la rúbrica de “especialización”, apuesta en un primer término por la especialización de “quienes operan el sistema judicial y de quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento”. Es decir, por una especialización amplia que incluye a los profesionales que asesoran o auxilian a las partes y a todo el personal al servicio de la administración de justicia. Pero, además de esta medida, la regla 40 *in fine* recomienda, en aquellas materias en las que se requiera, “la atribución de los asuntos a órganos especializados del sistema judicial”. Aunque las dos medidas pueden ser eficaces para mejorar el acceso a la justicia, es conveniente desligar la una de la otra, ya que las implicaciones jurídicas son muy diferentes.

III. CONCEPTO DE ESPECIALIZACIÓN JUDICIAL

Especialización judicial es un término muy amplio con el que se puede hacer alusión a fenómenos muy diferentes, por ese motivo conviene, con

²⁶ *Justicia y personas en Iberoamérica y en la Unión Europea* (dir. Arturo Álvarez Alarcón), Tirant lo Blanch, 2021, p. 26.

carácter previo, realizar algunas precisiones sobre él. En un sentido general, cuando hablamos de especialización lo hacemos para referirnos a los conocimientos o formación especializada que ostenta un profesional²⁷. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el ámbito sanitario, donde se suele hablar de las diferentes “especialidades” médicas. En el ámbito jurídico y, en concreto, en el judicial, también se puede usar en este sentido. Es decir, como el conjunto de conocimientos y habilidades especiales —frente a las generales— que ostenta un juez.

La especialización así entendida es un fenómeno que trasciende lo jurídico. El hecho de que un juez cuente con conocimientos o habilidades especializadas puede deberse a multitud de causas. A modo de ejemplo, la experiencia profesional previa, la formación académica de posgrado o, simplemente, el interés personal en un determinado ámbito del ordenamiento, pueden ser factores desencadenantes de la especialización del juez. La ley también introduce políticas dirigidas a la especialización personal del juez a través del Servicio de Formación Continua de la Escuela Judicial (art. 307 LOPJ). A fin de cuentas, este tipo de especialización es muy importante en términos cualitativos, en la medida en la que afecta directamente a la calidad de la prestación jurisdiccional.

Ahora bien, para que esa especialización *personal* sea efectiva y se plasme en una mejora del servicio público de justicia, debe estar en sintonía con otras normas de carácter organizativo y, muy particularmente, con las de competencia. Es en este contexto en el que surge el concepto de especialización judicial *orgánica*. Que es aquella que afecta al órgano jurisdiccional y que se suele traducir —aunque no necesariamente— en la atribución de competencia sobre materias concretas. Un modelo sería, por ejemplo, el de los Juzgados de lo Mercantil, que asume el conocimiento en exclusiva de una serie de materias mercantiles que vienen fijadas por la ley²⁸.

Es importante tener en cuenta a la hora de abordar este tema que la especialización orgánica es un concepto relativo. Es decir, no existen órganos absolutamente generalistas y otros absolutamente especializados²⁹, sino

²⁷ Esta es la primera acepción de esta expresión en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

²⁸ Art. 86.1 bis LOPJ “Los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil en materia de propiedad intelectual e industrial; competencia desleal y publicidad; sociedades mercantiles, sociedades cooperativas, agrupaciones de interés económico; transporte terrestre, nacional o internacional; derecho marítimo, y derecho aéreo”.

²⁹ DOMÉNECH PASCUAL, G. D., MORA SANGUINETTI, J. S., “El mito de la especialización judicial”, *Indret*, núm. 1, 2015, p. 10.

que existen niveles de especialización en función de si nos acercamos más a un extremo u a otro. A tal efecto, y en lo que aquí interesa, la LOPJ diseña un modelo de organización judicial basado en dos niveles de especialización. Un primer nivel, conformado por los cuatro órdenes jurisdiccionales, procura que los juzgados y tribunales se agrupen en torno a cuatro grandes materias: derecho civil, derecho penal, derecho laboral y derecho administrativo. Luego, cada uno de estos órdenes jurisdiccionales están conformados principalmente por juzgados y tribunales con competencia general en su ámbito, existiendo solo en algunos casos órganos jurisdiccionales especializados en un segundo nivel.

Este carácter relativo del concepto se acentúa todavía más si atendemos a los posibles criterios para especializar un órgano jurisdiccional. Según OPESKIN, en el mundo existen cinco clases diferentes de especialización judicial en función del criterio utilizado³⁰:

- Especialización material: basada en la atribución de competencia sobre materias jurídicas concretas.
- Especialización personal: basada en la identidad de las partes del litigio.
- Especialización por razón de la cuantía del pleito.
- Especialización funcional: basada en el tipo de función que se le encomienda al juez.
- Especialización jerárquica: se refiere a la estructura de la planta judicial y, más concretamente, a la instancia en la que el órgano jurisdiccional actúa³¹.

Si seguimos esta visión amplia, lo esencial del concepto no es el criterio para “especializar” al órgano jurisdiccional, sino que efectivamente el órgano sea “especial”, esto es, que se diferencie “de lo común o general”³². Una idea que pone de relieve el carácter subordinado de este concepto, ya que su alcance depende en última instancia del órgano jurisdiccional generalista del que se parta. Ahora bien, al acuñar un concepto tan amplio de especialización judicial se corre el riesgo de vaciarlo de contenido, ya que

³⁰ OPESKÍN, B., “The relentless rise of judicial specialization and its implications for judicial systems”, *Current Legal Problems*, 75 (1), 2022, p. 8. (recuperado en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4185334; última consulta: 11/03/2024).

³¹ Desde nuestro punto de vista, esta última clasificación se debería encuadrar en la especialización funcional, ya que el lugar que ocupe en la planta judicial no es relevante para valorar la especialización del órgano. Lo relevante es el ámbito de su competencia objetiva y funcional.

³² Esta es la primera acepción del Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

darían argumentos para tildar de especial a prácticamente todos los órganos jurisdiccionales. Por este motivo, conviene que le demos a este término su sentido más habitual —al menos en España—, esto es, la especialización judicial por razón de la materia o de la persona.

Si hablamos de mejorar el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, parece obvio que la especialización *ratione personae* es la técnica más propicia para lograrlo. Como se ha apuntado, este tipo de especialización suele tener por objeto permitir que el sistema judicial aborde mejor los problemas jurídicos a los que se enfrentan los litigantes en condición de vulnerabilidad³³. Existen ejemplos muy característicos de este tipo de especialización. No obstante, nada impide que la especialización *rationae materiae* también pueda tener entre sus fines el de prestar un mejor servicio a un determinado colectivo vulnerable. De hecho, es habitual que ambas confluyan. Es el caso, por ejemplo, de los juzgados de menores. Aunque aparentemente estos órganos puedan parecer un ejemplo claro de especialización por razón de la persona, su especialización también es material, en la medida en la que no conocen de todos los asuntos en los que se vean involucradas personas menores de edad, sino solo sobre el enjuiciamiento de las conductas tipificadas por la ley como delito.

Antes de continuar, conviene aclarar que este concepto nada tiene que ver —en principio— con la figura del órgano jurisdiccional extraordinario o *ad hoc*. Estos son tribunales de excepción creados para conocer de casos concretos, que no se integran en la planta judicial del Estado y que atentan contra el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley³⁴. Un órgano judicial especializado, en cambio, es un tribunal ordinario que se integra en la planta judicial del Estado y, por tanto, que ha de cumplir con todas las exigencias constitucionales para ejercer la potestad jurisdiccional, con la particularidad de que la ley le atribuye competencia para conocer de una parcela determinada de la realidad jurídica³⁵. De este modo, a la hora de analizar este fenómeno debemos obviar posibles condicionantes de carácter constitucional, en la medida en la que la especialización judicial de la

³³ OPESKÍN, B., “The relentless rise of judicial specialization and its implications for judicial systems”, cit. pág. 10.

³⁴ Para un análisis en profundidad *vid.* DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley”, *Revista española de derecho constitucional*, núm. 31, 1991, pp. 75-123.

³⁵ En un sentido similar se ha expresado CARPI, F., “La specializzazione del giudice come fattore di efficienza della giustizia civile”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, núm. 3, 2013.

que aquí hablamos siempre habrá de cumplir con las garantías consagradas en la CE.

IV. LA ESPECIALIZACIÓN JUDICIAL POR RAZÓN DE LA VULNERABILIDAD

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La existencia de un órgano jurisdiccional especializado es el resultado de una decisión de carácter político. La adopción de esta medida puede venir motivada en razones muy diversas, siendo una de ellas la de mejorar el acceso a la justicia de un determinado colectivo vulnerable. Porque, como se ha señalado, “dentro de una política estatal de favorecer el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, es del todo congruente la configuración de unos órganos de justicia especializados en la atención a estas personas”³⁶. A fin de cuentas, con su adopción no sólo se obtendrá una mayor premura en la tramitación de los asuntos, sino también una mayor sensibilidad hacia la situación en que se encuentren³⁷.

Es muy complicado, no obstante, teorizar sobre la especialización judicial por razón de la vulnerabilidad. Su vigencia, sin perjuicio de la mención expresa en las 100 Reglas de Brasilia, se deduce de la observación. Existen, a nivel interno y comparado, juzgados especializados cuya creación se justifica, en mayor o en menor medida, en la necesidad de brindar una tutela especializada a un determinado colectivo vulnerable. De ahí que la mejor forma de abordar esta cuestión sea comentando algunos de las manifestaciones más relevantes.

2. MANIFESTACIONES DE LA ESPECIALIZACIÓN JUDICIAL POR RAZÓN DE LA VULNERABILIDAD EN ESPAÑA

La edad es uno de los tantos factores que pueden situar a los ciudadanos en una posición de vulnerabilidad ante la administración de justicia. Las especiales características volitivas e intelectivas de los menores exigen la adopción de todo un abanico de medidas jurídico-procesales para garan-

³⁶ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., y CARO CATALÁN, J., “Medidas generales de protección a las personas en condición de vulnerabilidad”, *Acceso a la justicia de las personas vulnerables* (dirs. Arturo Álvarez Alarcón y Diana Ramírez Carvajal), Reus, 2023, pág. 45.

³⁷ *Ibidem*, pág. 45.

tizar el acceso a la justicia a este colectivo³⁸. En esta línea, las 100 Reglas de Brasilia declaran que “[t]odo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo”. De entre todas las medidas que se pueden adoptar para lograr este objetivo, la especialización judicial es una de las más extendidas. Es destacable en este sentido el caso de los Juzgados de Menores.

El proceso penal de menores tiene una finalidad diferente a la del proceso penal de adultos, ya que en él debe primar el interés del menor y la naturaleza de la intervención del juez ha de ser educativo-sancionadora³⁹. Esta circunstancia ha propiciado que, desde antiguo, existan tribunales especializados para enjuiciar los delitos cometidos por menores de edad —el primer “Tribunal de Niños” se creó en España en 1920—⁴⁰ y que en el panorama comparado su presencia sea prácticamente universal, hasta el punto de que se reconozca el “derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores”⁴¹.

La LOPJ garantiza que en cada provincia haya, al menos, un juzgado de menores. En virtud del art. 97 LOPJ, estos juzgados asumen el enjuiciamiento de las conductas delictivas cometidas por menores de edad, tanto para establecer la responsabilidad penal como la civil. Además, legalmente se le atribuyen otras competencias en relación con los menores, como la emisión y ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de re-

³⁸ Ampliamente sobre este particular: RODRÍGUEZ TIRADO, A. M.^a, VÁSQUEZ CUEVAS, R., “Acceso a la justicia de las personas menores de edad (niños y niñas)”, *Acceso a la justicia de las personas vulnerables* (dirs. Arturo Álvarez Alarcón y Diana Ramírez Carvajal), Reus, 2023, pp. 51-73.

³⁹ CUETO SANTA EUGENIA, E., *El desistimiento en la justicia juvenil y su fundamento educativo*, Tirant lo Blanch, 2023, p. 62.

⁴⁰ Sobre la evolución histórica de este tipo de tribunales *vid.* RODRÍGUEZ PÉREZ, J. P., “La justicia de menores en España: Análisis histórico-jurídico”, *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 18, 2001, pp. 419-440.

⁴¹ Muy interesante el trabajo de DUCE y COUSO al respecto, que reconoce este derecho en el art. 40.3 del Convenio de los Derechos del Niño, ya que en él se establece la obligación de los Estados Parte de adoptar medidas apropiadas para promover el “establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue han infringido las leyes penales”. DUCE, M., COUSO, J., “El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el Derecho Comparado”, *Política Criminal*, vol. 7, núm. 13, 2012. Es interesante a este respecto la observación general número 10 del Comité de los Derechos del Niño (2017), cuando señala que “los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Esta y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños”.

soluciones penales en la Unión Europea. La labor que desempeñan estos juzgados es valorada de forma muy positiva por los profesionales y por la sociedad en general. De hecho, desde diversos sectores se viene exigiendo una reforma legislativa que amplíe sus competencias y que garantice la especialización en segunda instancia⁴².

El caso de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer es diferente. Estos juzgados fueron creados por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, con la finalidad de mejorar la respuesta judicial frente a este tipo de criminalidad. En concreto, las razones que se arguyeron en aquel momento fueron principalmente dos: por un lado, la necesidad de hacer frente de forma especializada y omnicomprensiva a la violencia de género, atribuyendo a estos juzgados la competencia para conocer de las consecuencias jurídico-penales y civiles derivadas de este tipo de violencia⁴³. Y, por otro, la creencia de que la creación de unos órganos cualitativamente especializados y suficientes en número podía ayudar a frenar el incremento constante de la violencia de género en España⁴⁴.

Polémicas aparte, lo cierto es que el tiempo transcurrido ha demostrado que la especialización de las unidades judiciales dedicadas a combatir la violencia sobre la mujer constituye una herramienta esencial en la lucha contra esta lacra social⁴⁵. En este sentido, los datos publicados en la Memoria Anual del Consejo General del Poder Judicial reflejan que la duración media de los procedimientos tramitados ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tardan, de media, unos 0,3 meses menos en resolverse respecto de su homólogo con competencia general —los Juzgados de Instrucción—⁴⁶. La existencia de estos juzgados se ha visto refrendada en el Pacto de Es-

⁴² Vid. “En defensa de la especialización de la jurisdicción de menores”, *Jueces para la democracia*, 10 de mayo de 2017 (<https://acortar.link/avNP2w>; última consulta: 11/03/2024).

⁴³ MELERO BOSCH, L., “Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 6, marzo, 2005.

⁴⁴ FUENTES SORIANO, O., “La constitucionalidad de la Ley Orgánica de Medida de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Diario La Ley*, núm. 6362, de 18 de noviembre de 2005, p. 16.

⁴⁵ OLASO ARRILLAGA, J., “La respuesta judicial a la violencia sobre la mujer en España. Situación actual y necesidad de un nuevo modelo organizativo”, *Diario La Ley*, núm. 10066, de 11 de mayo de 2022.

⁴⁶ Memoria Anual del Poder Judicial del año 2023 (correspondiente al ejercicio de 2022) (<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/Memoria-anual-2023--correspondiente-al-ejercicio-2022->; última consulta: 29 de diciembre de 2023). Así ha ocurrido entre el año 2018 y el 2021 —ambos inclusive—. En el año 2022 la diferencia se redujo a 0,2 meses.

tado en materia de violencia de género aprobado en el Pleno del Congreso de los Diputados el día 28 de septiembre de 2017, que insiste en la idea de intensificar la especialización de todos los profesionales —incluidos los jueces— que “intervienen en la prevención, protección y ayuda psicosocial a las víctimas”⁴⁷.

Quizás por el buen resultado de estas experiencias, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, en su disposición final vigésima ordenó al gobierno a remitir a las Cortes Generales en el plazo de un año un proyecto de ley dirigido a establecer, a través de los cauces previstos en la citada norma, la especialización tanto de los órganos judiciales como de sus titulares, para la instrucción y enjuiciamiento de las causas penales por delitos cometidos contra personas menores de edad. Con este propósito se quiso plantear la creación de los Juzgados de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia, así como la especialización de los Juzgados de lo Penal y las Audiencias Provinciales.

Al mismo tiempo, el mencionado proyecto de ley debía incluir las modificaciones necesarias para garantizar la especialización dentro del orden jurisdiccional civil en materia de Infancia, Familia y Capacidad⁴⁸. Lamentablemente, parece que, como consecuencia del inestable panorama político, este proyecto no va a prosperar —al menos de momento—. Pero, sin duda, es una clara muestra de la tendencia actual a favor de la especialización judicial en determinadas materias sensibles para colectivos vulnerables⁴⁹.

⁴⁷ *Vid.* Eje 5 del “Documento Refundido de Medidas del Pacto de Estado en Materia de Violencia de Género. Congreso + Senado” (https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/docs/Documento_Refundido_PEVG_2.pdf; última consulta: 29 de agosto de 2023).

⁴⁸ Sobre este particular *vid.* DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA. Como explica la autora —píe de página 6—, ya el Libro Blanco de la Justicia del año 2000 se refirió a la necesidad de especialización de los Juzgados de y Jueces de Familia. Más recientemente, la Plataforma Familia y Derecho ha abanderado la reivindicación de dejar atrás el actual modelo de especialización por vía de reparto (en virtud del art. 98 LOPJ) de Juzgados de 1ª Instancia especializados en Familia y se apueste en firme por la creación de órganos jurisdiccionales auténticamente especializados en familia, infancia y capacidad, confiriéndoles una especialización de carácter orgánico, vertical, competencial y vertical. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., “El reto de la proyectada especialización orgánica procesal en familia, infancia y capacidad”, *Logros y retos de la justicia civil en España*, (dir.) Fernando Jiménez Conde, Julio Banacloche Palao y Fernando Gascón Inchausti, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 6.

⁴⁹ Es interesante el Proyecto piloto desarrollado en el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria, aprobado por el Consejo General del Poder Judicial, y con el que se le ha atribuido la competencia con carácter exclusivo para conocer de las materias referidas a la violencia contra la infancia y la adolescencia. (<https://rm.coe.int/guia-de-actuacion-del-juzgado-piloto-violencia-contra-la-infancia/1680aa37b3>; última consulta: 29 de diciembre de 2023).

V. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA ESPECIALIZACIÓN JUDICIAL

De lo expuesto hasta ahora, se puede deducir que la especialización judicial ha demostrado ser una medida adecuada en determinados ámbitos. Sin embargo, la instauración de órganos especializados no es una suerte de panacea que sirve para mejorar siempre y en todo caso el acceso a la justicia. Los autores que se han encargado de abordar este tema también han identificado efectos adversos y riesgos que pueden afectar negativamente a la calidad de la prestación jurisdiccional que reciben los ciudadanos. Por este motivo, en un trabajo de esta naturaleza, no solo es importante identificar los beneficios de la especialización judicial, sino también los efectos negativos que puede llevar aparejada esta medida. Y es que, a fin de cuentas, como ocurre con cualquier medida de política jurídica, su adopción requiere de un juicio previo de oportunidad en el que se deben ponderar todas las circunstancias⁵⁰.

La principal dificultad que hemos encontrado a la hora de analizar las ventajas y los inconvenientes de la especialización judicial es que la información disponible a todos los niveles sobre su impacto real es muy escasa⁵¹. Quizás por este motivo, los trabajos publicados en esta materia son principalmente de carácter especulativo y se apoyan de forma excesiva en lugares comunes para defenderla o criticarla. Esto justifica, aún más si cabe, la necesidad de revisar las razones utilizadas a favor y en contra de la especialización. Además, conviene poner en relación estas razones enun-

⁵⁰ Es este sentido se expresó DÍEZ-PICAZO respecto de la especialización judicial en materia mercantil. Reflexión que consideramos extrapolable a cualquier materia: “la existencia de órganos judiciales mercantiles no es una suerte de destilación de Derecho natural (de ser así, deberían existir en todo tiempo y en todo lugar): es obviamente una cuestión de política jurídica. Y, siendo así, como en toda cuestión de política jurídica, conviene distinguir dos aspectos: el fin y el medio; esto es, el fin que se pretende conseguir y los medios a través de los cuales se pretende conseguir el fin”. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “La inconveniencia de los Juzgados de lo Mercantil”, *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, núm. 8-9, 2002, p. 3.

⁵¹ BAUM, L., *Specializing the Courts*, The University of Chicago Press, 2011, p. 40. No obstante, sí que existe algún trabajo al respecto. Cabe destacar por su afinidad con el objeto de este estudio: GAROUPA, N., JORGENSEN, N., VÁZQUEZ, P., “Assessing the argument fo specialized courts: evidence from family courts in Spain”, *International Journal of Law, Policy & Family*, vol. 24, Issue 1, 2010, pp. 54-66. Los autores de este trabajo, tras realizar un análisis comparativo estadístico de dos Juzgados de Familia y de dos Juzgados de Primera Instancia de Madrid, concluyeron que, aunque las pruebas econométricas no son sólidas, lo litigios tramitados en los órganos especializados tuvieron una duración media inferior que los tramitados en los Juzgados de Primera Instancia. No obstante, los autores enfatizan que los datos ofrecidos no son concluyentes y que invitan a poner en cuarentena el “optimismo de los legisladores” respecto de la especialización judicial.

ciadas con carácter general con el fenómeno concreto de la especialización judicial por razón de la vulnerabilidad y sus especificidades.

Para realizar esta tarea, hemos optado por tomar como referencia el trabajo realizado por el Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE), que en el año 2012 asumió el encargo del Comité de Ministros del Consejo de Europa de preparar un informe sobre la especialización judicial en los Estados miembros del Consejo de Europa⁵². El informe n.º 15 del CCJE relativo a la especialización de los jueces fue adoptado en la 13ª reunión plenaria del CCJE que se celebró en noviembre de 2012 en París. La principal virtud del informe publicado es que identifica tanto las ventajas como los inconvenientes de la especialización judicial, y todo ello tras una discusión y puesta en común entre los diferentes miembros de Consejo Consultivo. Teniendo en cuenta la autoridad y pluralidad de los miembros que conforman este órgano —todos los Estados miembros están representados en él—, las conclusiones publicadas en sus informes merecen ser tomadas como punto de partida.

1. VENTAJAS

En términos económicos se ha dicho que la principal ventaja de la especialización judicial es que reduce los costes marginales de la resolución de los procedimientos⁵³. La especialización se traduce en una reducción de la tipología de asuntos que un juez ha de conocer, incrementando sus semejanzas y minorando sus diferencias. En consecuencia, es lógico que el tiempo y el esfuerzo exigidos para enjuiciar un caso adicional tiendan a disminuir⁵⁴. Esta es la premisa en la que se fundamentan muchas de las virtudes que habitualmente se atribuye a la especialización.

Más concretamente, el informe n.º 15 del CCJE identificó las siguientes ventajas⁵⁵:

- Incremento de la calidad de las decisiones judiciales.
- Mayor previsibilidad de las decisiones judiciales.
- Mejor comprensión de la realidad de los asuntos y, por tanto, decisiones más acertadas.

⁵² (<https://www.coe.int/en/web/ccje/opinion-n-15-2012-on-the-specialisation-of-judges>, última consulta: 2/1/2024).

⁵³ DOMÉNECH PASCUAL, G. D., MORA SANGUINETTI, J. S., “El mito de la especialización judicial”, cit. p. 10.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ (<https://rm.coe.int/16807481cb>; última consulta: 03/01/2024).

- Posibilidad de aportar conocimientos extrajurídicos.
- Incremento de la eficiencia.

El informe no se detiene a desarrollar y justificar cada una de estas ventajas. Llama la atención que no se limita a señalar el incremento de la eficiencia como factor clave de la especialización. En cambio, enumera otras posibles ventajas que, a los efectos de este trabajo, merecen ser analizadas con mayor profundidad.

1.1. Incremento de la calidad de las resoluciones judiciales

Es lógico pensar en la especialización judicial como una “garantía de calidad de las resoluciones judiciales”⁵⁶. Esta idea se ha convertido en una suerte de dogma que es asumido por el legislador y por los operadores jurídicos casi de forma automática. Sin ir más lejos, el Plan de Justicia 2030⁵⁷, que se propone, entre otras cosas, la sustitución de los Juzgados de Primera Instancia por los llamados Tribunales de Instancia justifica la medida en la obtención de una mayor flexibilidad que favorezca “una mayor calidad en las resoluciones en la primera instancia como consecuencia de la especialización”⁵⁸. A nuestro modo de ver, es razonable pensar que la especialización judicial puede suponer un incremento de la calidad de las decisiones judiciales, sin embargo, no creemos que sea correcto asumir esta idea como una verdad absoluta.

Es cierto que, en un contexto sociopolítico como el actual, en el que los Estados tienden a la sobreproducción legislativa, es cada vez más difícil que un juez generalista pueda conocer con una mínima profundidad la normativa de los distintos sectores del ordenamiento jurídico⁵⁹. También es cierto que estamos en una sociedad cada vez más compleja, en la que surgen nuevas dinámicas y problemáticas sociales que demandan nuevos modelos de actuación⁶⁰. Y que, todo esto, exige una mayor preparación por parte de

⁵⁶ SOLÉ RESINA, J., “La especialización de la jurisdicción de familia”, *La Ley: Derecho de Familia*, núm. 28, 2020, p. 8.

⁵⁷ (<https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/InstListDownload/Justicia2030.pdf>, última consulta: 04/01/2024).

⁵⁸ *Ibidem*, p. 52.

⁵⁹ CARPI, F., “La specializzazione del giudice come fattore di efficienza della giustizia civile”, *cit.* p. 1011.

⁶⁰ DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., “El reto de la proyectada especialización orgánica procesal en familia, infancia y capacidad”, (disponible en: <https://riuma.uma.es/xmlui/handle/10630/24294>; última consulta: 04/01/2024).

los jueces para que estos sean capaces de dar una respuesta adecuada a los conflictos que plantean los ciudadanos⁶¹.

En un plano teórico debemos asumir que cuanto más intenso sea el grado de especialización, mayor será la preparación técnica de los jueces⁶². Sin embargo, asumir este razonamiento exige una simplificación excesiva de la realidad y obviar circunstancias claves que han de concurrir para que esto sea así. Ello es debido a que, tal y como venimos desarrollando en este trabajo, la especialización *orgánica* por sí misma considerada solo garantiza que el órgano jurisdiccional va a ejercer sus funciones en un ámbito competencial delimitado por razón de la materia o de la persona. De hecho, en la práctica es bastante frecuente que órganos jurisdiccionales especializados acaben siendo ocupado por jueces o magistrados generalistas⁶³. Por este motivo, para lograr un mayor nivel de preparación técnica de los jueces —y, por tanto, el incremento de la calidad de las decisiones— es fundamental que la especialización orgánica vaya acompañada de una especialización efectiva del personal jurisdiccional. A tal efecto, se pueden adoptar diversas medidas. Un ejemplo es el modelo de la LOPJ, que en los concursos de provisión de plazas para órganos especializados se exige —o se valore preferentemente— que los aspirantes hayan superado determinadas pruebas o que acrediten una experiencia mínima en un determinado órgano u orden jurisdiccional⁶⁴. Ese filtro inicial se complementa con una “formación continuada, individualizada, especializada y de alta calidad” (art. 433 bis LOPJ), algo fundamental en determinadas materias que se encuentran en constante evolución. Solo si concurren estas circunstancias la especialización judicial puede repercutir positivamente en la calidad de las resoluciones judiciales.

Una consecuencia directa del incremento de la calidad de las decisiones judiciales es el mayor grado de legitimidad que pueden alcanzar este tipo de

⁶¹ En este sentido, PEREA GONZÁLEZ ha señalado que “[i]ndudablemente, el debate sobre la organización judicial no puede abandonar la reflexión sobre la especialización jurisdiccional. La mayor complejidad de los contextos sociales, fruto de la evolución de los tiempos y las estructuras económicas, ordena una articulación coherente, rigurosa y precisa de los mecanismos judiciales para que la contestación a esa creciente especificidad de los problemas jurídicos sea certera y capaz en último término de garantizar la calidad y rigor que siempre debe derivarse de un pronunciamiento jurisdiccional”. AA. VV., “Diálogos para el futuro judicial XVIII. Organización y especialización judicial”, Diario La Ley, núm. 9783, Sección Plan de choque de la Justicia / Encuesta, 3 de febrero de 2021.

⁶² GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Derecho aplicable y jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual*, Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 323.

⁶³ DOMÉNECH PASCUAL, G. D., MORA SANGUINETTI, J. S., “El mito de la especialización judicial”, *cit.* p. 9.

⁶⁴ Un ejemplo de este tipo de medidas podemos encontrarlo en el art. 329 LOPJ.

órganos jurisdiccionales. Como se ha estudiado en el ámbito de las teorías sobre la justicia procedimental, a los efectos de valorar la prestación que recibe el ciudadano de la administración de justicia no se debe partir únicamente de una visión redistributiva que se centre en el resultado del proceso. Es muy importante valorar también la legitimidad del procedimiento en su conjunto, lo que incluye al juez como autoridad que dirige el procedimiento y toma la decisión final. En principio, si el juez cuenta con una formación especializada y esta es perceptible por el ciudadano, este será más propenso a aceptar la decisión adoptada y el nivel de satisfacción con el proceso será superior⁶⁵.

Desde la perspectiva de las personas en condición de vulnerabilidad esta circunstancia debe ser tenida en especial consideración. Cuando se adopta la decisión política de crear un órgano jurisdiccional con competencia especializada por razón de la vulnerabilidad, una de las razones fundamentales debe ser la de proveer a los ciudadanos de jueces que sean conscientes de las dificultades que se enfrenta ese colectivo a la hora de relacionarse con la justicia. Conviene aclarar que esa especial sensibilidad —bien entendida— del juez respecto de la posición de la parte vulnerable no significa que el juez vaya a dictar una resolución parcial, sino que, como responsable del proceso, podrá comprender mejor “la situación de debilidad real de la persona en cuestión, de modo que pueda proveer medidas concretas para facilitar el acceso a la justicia”⁶⁶.

En este sentido, el 15º informe del CCJE identifica como una posible ventaja de la especialización que los jueces, por tratar repetidamente con el mismo tipo de asuntos, puedan alcanzar una mejor comprensión de los aspectos técnicos, sociales o económicos que estén presentes los procesos que conozcan y, por tanto, que puedan identificar soluciones que se adapten mejor a estas realidades⁶⁷. Aunque en el informe se enuncie esto como una ventaja diferente, a nuestro juicio, se trata más bien de una causa por la que la especialización judicial puede incrementar la calidad de las decisiones judiciales.

⁶⁵ Sobre las teorías de la justicia procedimental en relación con la justicia de menores *vid.* BERNUZ BENEITEZ, M. J., “La legitimidad de la justicia de menores: entre justicia procedimental y justicia social”, *InDret*, 1/2014, 2014, p. 8.

⁶⁶ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., y CARO CATALÁN, J., “Medidas generales de protección a las personas en condición de vulnerabilidad”, *cit.* pp. 45-46.

⁶⁷ (<https://rm.coe.int/16807481cb>, última consulta: 29/01/2024).

1.2. Mayor previsibilidad y uniformidad de las resoluciones judiciales

Es incuestionable que la previsibilidad de las decisiones judiciales es un factor esencial de la estabilidad del Derecho⁶⁸. Pese a ello, en los últimos tiempos se ha demostrado que la previsibilidad judicial, al menos sobre determinados temas claves, es inexistente, lo que ha propiciado un incremento notable de la litigiosidad⁶⁹. La función nomofiláctica del recurso de casación ha demostrado ser ineficaz en muchos casos, mermando de esta forma el principio de seguridad jurídica y, por ende, la confianza de los ciudadanos en el Estado de Derecho. Pero, más allá del recurso de casación, existen otros mecanismos que pueden contribuir a mejorar el grado de previsibilidad y uniformidad de las decisiones judiciales, como es el caso de la especialización judicial.

Tal y como apunta el 15º informe del CCJE, concentrar los expedientes judiciales que afecten a una determinada materia o colectivo en un grupo selecto de órganos jurisdiccionales debe favorecer la coherencia de las decisiones judiciales y, en consecuencia, promueve la seguridad jurídica⁷⁰. De este modo, el aumento de la uniformidad y de la previsibilidad son dos caras de una misma moneda. La primera se refiere a minimizar las discrepancias interpretativas en torno al derecho y la segunda a la posibilidad de prever cuál va a ser la respuesta judicial ante un litigio concreto. Este efecto, a nuestro juicio, no solo se explica por razones cuantitativas —la reducción del número de órganos jurisdiccionales que conocen de una determinada materia— sino también por un factor cualitativo: cuando se acota el ámbito competencial del juez a un conjunto reducido de materias, es cuestión de tiempo que este acabe teniendo un dominio superior de las normas jurídicas aplicables y de la jurisprudencia relevante en la materia que se trate, algo que, al menos a priori, debe propiciar una mejor y más coherente interpretación y aplicación del derecho⁷¹.

Si, como decíamos, la falta de previsibilidad y de seguridad jurídica se relaciona con una mayor tasa de litigiosidad, el aumento de la previsibilidad de las decisiones judiciales se debe relacionar con el efecto inverso. En

⁶⁸ DAMIÁN MORENO, J., “La reforma de la casación y la cuestión en torno al carácter vinculante de la jurisprudencia”, *Diario La Ley*, núm. 6355, 21 de octubre de 2005, versión digital.

⁶⁹ Es interesante a estos efectos el trabajo de PÉREZ DAUDÍ, V., “El precedente judicial. La previsibilidad de la sentencia y la decisión automatizada del conflicto”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 54, 2021, pp. 22-23.

⁷⁰ (<https://rm.coe.int/16807481cb>, última consulta: 23/01/2024).

⁷¹ Según BAUM, la percepción de estos beneficios es en gran parte responsable del impulso del fenómeno de la especialización judicial. *Vid.* BAUM, “Probing the effects of judicial specialization”, *Duke Law Journal*, vol. 58:1667, 2009, p. 1676.

esta línea, LÓPEZ SÁNCHEZ ha apuntado que “la unificación de criterios sirve para reforzar la autoridad de los tribunales, también para proporcionar previsibilidad a la respuesta judicial y de este modo facilitar la búsqueda de una solución negociada”⁷². Es cierto que, de nuevo, este efecto positivo de la especialización judicial afecta positivamente a todos los ciudadanos, en la medida en la que la previsibilidad de la respuesta judicial puede hacer innecesario acudir al juez para garantizar la efectividad de un derecho. Sin embargo, como es obvio, son las personas que encuentran más dificultades para acceder a la justicia las que pueden resultar más beneficiadas por este efecto.

1.3. Fomentar el enfoque multidisciplinar de las resoluciones judiciales

El CCJE en su 15º informe del CCJE identifica también como una ventaja que “los jueces especializados que aporten conocimiento de una ciencia distinta del derecho pueden fomentar un enfoque multidisciplinario a los problemas sujetos a discusión”. De esta conclusión parece deducirse que el CCJE ve en la especialización un instrumento adecuado para reforzar la formación extrajurídica de los jueces en aquellas materias en las que sea preciso y, por tanto, otra forma de mejorar la calidad de las resoluciones judiciales.

Esta idea lleva implícita una visión renovada sobre lo que la función jurisdiccional ha de ser, concibiendo al juez como algo más que un mero aplicador del derecho al caso concreto. Una tendencia que, a nuestro modo de ver, se puede relacionar con el fenómeno de la llamada “justicia terapéutica”. Como ha apuntado PILLADO GONZÁLEZ, la justicia terapéutica “trata de humanizar los distintos ordenamientos jurídicos, focalizando en el lado humano, emocional y psicológico de las distintas normas, ya sean sustantivas o procesales, así como su aplicación por todos los operadores jurídicos para, de esta manera, promover el bienestar de las personas a las que afectan”⁷³. Es obvio que para alcanzar este objetivo se deben adoptar medidas de muy diverso orden que no solo afectan al proceso. Ahora bien, desde un punto de vista estrictamente procesal, creemos que la consecu-

⁷² LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “Los retos de la justicia civil ante los litigios en masa”, *Logros y retos de la justicia civil en España* (dirs. Fernando Jiménez Conde, Julio Banacloche Palao y Fernando Gascón Inchausti), Tirant lo Blanch, 2023, pp. 283.

⁷³ PILLADO GONZÁLEZ, E., “Aplicación de los principios de la justicia terapéutica al derecho de familia”, *Los conflictos de Derecho de Familia desde la justicia terapéutica*, La Ley, 2020, versión digital.

ción de los objetivos de la justicia terapéutica exige, en todo caso, de la especialización del órgano judicial.

Pensemos, por ejemplo, en la proyectada especialización en el orden civil en materia de Infancia, Familia y Capacidad —*vid. supra*—. La razón de ser de su creación se encuentra precisamente en la necesidad de contar con personal jurisdiccional con los conocimientos y habilidades necesarios para ofrecer una respuesta adecuada en este tipo de conflictos. Como se ha apuntado, la actuación del juez en este ámbito, además de exigir un conocimiento en profundidad de Derecho aplicable, demanda desarrollar habilidades de conciliación, mediación y resolución de conflictos, afianzar conocimientos psicológicos, culturales y sociológicos, así como desarrollar las capacidades de coordinación con otros agentes sociales⁷⁴. Es claro, por tanto, aunque pueda parecer paradójico, que una mayor especialización judicial puede favorecer el enfoque multidisciplinar de las resoluciones judiciales.

2. INCONVENIENTES

El 15º informe del CCJE, bajo la rúbrica de “posibles límites y peligros de la especialización”, identifica un catálogo amplio y heterogéneo de peligros asociados al fenómeno de la especialización judicial. Tras analizar el informe y el resto de trabajos publicados sobre la materia, consideramos que, a los efectos de esta investigación, los riesgos derivados de la especialización judicial se pueden agrupar en tres grandes bloques: a) riesgos estructurales, b) riesgos relacionados con la independencia e imparcialidad del personal jurisdiccional y c) riesgos relacionados con la pérdida de calidad de las resoluciones jurisdiccionales.

2.1. Riesgos estructurales

En un Estado unitario como el español la soberanía es única y, por tanto, solo puede existir una potestad jurisdiccional que emane de ella⁷⁵. En esta línea, el art. 117.5 CE reconoce que el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales, prohibiendo al

⁷⁴ “Propuesta del Grupo de Trabajo de la plataforma Familia y Derecho para la especialización, en el orden jurisdiccional civil, en infancia, familia y capacidad”, *elderecho.com*, 21 de diciembre de 2022 (<https://elderecho.com/propuesta-para-especializacion-en-orden-jurisdiccional-civil-infancia-familia-capacidad>; última consulta: (30/01/2024).

⁷⁵ MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 26.ª ed., Tirant lo Blanch, 2018, p. 78.

mismo tiempo los tribunales de excepción. Ahora bien, la necesidad constitucional de que la jurisdicción actúe a través de una planta judicial única no es óbice para que existan tribunales de competencia especializada o de competencia especial⁷⁶. Siempre que se respeten los límites constitucionales, el legislador puede configurar la planta jurisdiccional de la forma que considere más adecuada para ejercer la potestad jurisdiccional de la mejor forma.

A pesar de lo anterior, es habitual aducir que la posible separación de los jueces especializados del conjunto general de los jueces es uno de los principales peligros de la especialización judicial⁷⁷. En este sentido, el 15º informe del CCJE señala que “[l]a especialización de los jueces puede ir en detrimento de la unidad del Poder Judicial. Puede dar a los jueces la impresión de que su experiencia en su ámbito de especialización les sitúa en un grupo de élite de jueces que son distintos del resto”. Un fenómeno que, según apunta el informe, puede propiciar una pérdida de confianza de los ciudadanos en los tribunales generalistas.

Es cierto que, desde el punto de vista del acceso a la justicia, la creación de tribunales especializados puede favorecer la idea de que existen tribunales de primera y tribunales de segunda. Sin embargo, a nuestro modo de ver, siempre que la especialización del órgano esté debidamente justificada por algunas de las razones que hemos analizado, esta sensación no se tiene por qué producir. A fin de cuentas, la ciudadanía tiene que comprender que el Estado no dispone de recursos ilimitados y, por tanto, que el acceso a un juez especializado no se puede garantizar siempre y en todo caso.

Al hilo de esta idea, otro riesgo al que se alude tiene que ver con el reparto los tribunales especializados a lo largo del territorio. La razón es que la especialización judicial tiene una dimensión geográfica que no se puede desconocer. Como ha apuntado GÓMEZ LIGÜERRE, “las exigencias propias de la especialización suelen concentrar los juzgados especializados en determinados lugares, habitualmente en las grandes ciudades, lo que aleja a la justicia de buena parte de los ciudadanos a los que sirve”⁷⁸. Un factor que ha sido identificado por el 15º informe del CCJE como un posible obstáculo para el acceso a la justicia⁷⁹. De esta forma, en función de los criterios que

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ (<https://rm.coe.int/16807481cb>, última consulta: 29/01/2024).

⁷⁸ GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Derecho aplicable y jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual*, cit., p. 323.

⁷⁹ Más concretamente, el informe señala que “[p]uesto que los tribunales requieren una carga de trabajo adecuada, establecer un tribunal especializado en un ámbito muy restringido puede tener

se utilicen para realizar el reparto, la especialización judicial puede incrementar la desigualdad en el acceso a la justicia.

Un claro ejemplo sería el caso de los juzgados de familia que, en virtud de lo dispuesto en el art. 98 LOPJ, solo existen en los municipios de mayor población. Esta circunstancia genera la distorsión de que únicamente el 53% de los ciudadanos españoles tienen la posibilidad de ser atendidos por un juzgado de familia⁸⁰. Una situación que viene siendo denunciada por los profesionales que se dedican a este sector del ordenamiento jurídico⁸¹. Según se ha expuesto, “en el país solo existen 169 juzgados de familia en España, frente a 1.187 juzgados no especializados, que atienden a los 22 millones de ciudadanos de las localidades donde se encuentran”⁸². Este déficit de juzgados especializados en la materia se podría paliar con la proyectada creación de las Secciones de Infancia, Familia y Capacidad en los Tribunales de Instancia, sin embargo, en estos momentos, no está claro que el Proyecto de Ley Orgánica de eficiencia organizativa del servicio público de justicia vaya a salir adelante.

En cualquier caso, es innegable que la especialización puede incrementar las desigualdades en el acceso a la justicia. Ya sea porque la distancia del ciudadano respecto del órgano judicial se vea incrementada o, peor aún, porque solo se garantice el acceso a la justicia especializada en algunos territorios. Sin embargo, a nuestro modo de ver, este efecto negativo de la especialización judicial no es insalvable. Por un lado, creemos que la apuesta por la digitalización y por la creación de los Tribunales de Instancia —con las correspondientes secciones especializadas— son medidas que ayudan a paliar estos efectos. Y, por otro lado, porque se pueden explorar fórmulas

el efecto de concentrar dicha especialización en un único tribunal para todo el país o para toda una región del mismo. Esto puede obstaculizar el acceso a los tribunales o crear una distancia demasiado grande entre el juez y el justiciable”.

⁸⁰ “El 53% de los españoles no cuenta con un juzgado de familia en el que ser atendidos”, *Abogacía Española. Consejo General*, 19 de mayo de 2023 (<https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/el-53-de-los-espanoles-no-cuentan-con-un-juzgado-de-familia-en-el-que-ser-atendidos/>; última consulta: 26/02/2024)

⁸¹ Cabe destacar la labor de la Plataforma Familia y Derecho *vid.* “Es el momento de extender los juzgados de familia a toda España: toca hacer realidad el principio de igualdad”, *Conflegal*, 14 de junio de 2022 (<https://conflegal.com/20220606-es-el-momento-de-extender-los-juzgados-de-familia-especializados-a-toda-espana-toca-hacer-realidad-el-principio-de-igualdad-y-ii/>, última consulta: 26/02/2024).

⁸² “El 53% de los españoles no cuenta con un juzgado de familia en el que ser atendidos”, *Abogacía Española. Consejo General*, 19 de mayo de 2023 (<https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/el-53-de-los-espanoles-no-cuentan-con-un-juzgado-de-familia-en-el-que-ser-atendidos/>; última consulta: 26/02/2024).

que aúnen especialización judicial y justicia de proximidad cuando sea necesario, como es el caso de los juzgados especializados itinerantes⁸³.

No podemos cerrar este epígrafe sin hacer alusión a uno de los riesgos *estructurales* más evidentes de la especialización judicial: la determinación de la competencia. Aunque curiosamente el 15º informe del CCJE no se refiera a él, es evidente que cuando se crea un órgano jurisdiccional especializado se debe delimitar con precisión cuál va a ser su ámbito competencial, introduciendo criterios legales lo suficientemente claros para que la labor de determinar la competencia objetiva sea lo más sencilla posible. Ahora bien, por muy cuidada que sea la técnica legislativa, la realidad está llena de matices que, inevitablemente, procuran el surgimiento de “interpretaciones encontradas, prácticas contradictorias, inseguridad, desigualdades y litigios sobre el particular”⁸⁴. Estos problemas, como ha señalado recientemente BACHMAIER WINTER, se ven agravados cuando se pretenden enjuiciar asuntos acumulados⁸⁵.

2.2. Riesgos relacionados con la pérdida de independencia e imparcialidad

La merma en la independencia e imparcialidad de los jueces y magistrados especializados es otro de los riesgos que se suelen identificar en los estudios sobre la especialización judicial. En este sentido, el 15º informe del

⁸³ “Sin especialización de los juzgados de infancia, damos la espalda a los más vulnerables”, *El confidencial*, 17 de mayo de 2023 (https://blogs.elconfidencial.com/juridico/tribuna/2023-05-17/sin-especializacion-de-los-juzgados-de-infancia-familia-y-capacidad-damos-la-espalda-a-los-mas-vulnerables_3630649/; última consulta: 26/02/2024).

⁸⁴ DOMÉNECH PASCUAL, G. D., MORA SANGUINETTI, J. S., “El mito de la especialización judicial”, *cit.* p. 13.

⁸⁵ En una reciente entrevista sobre la materia, BACHMAIER WINTER ha señalado que “[s]i bien un juzgado especializado podría contribuir a la especialización, no hay que perder de vista que genera otros problemas adicionales que pueden evitarse, como son los problemas de competencia de asuntos acumulados. Por ejemplo, cuando el mismo hecho delictivo produce víctimas menores, pero también a la esposa y a otro adulto. La realidad no viene compartimentada, por tanto, compartimentar las decisiones sobre esas realidades y dividir la decisión sobre esos hechos delictivos entre diferentes juzgados, no solo no resulta siempre viable, sino que es ilógico, poco eficiente y antieconómico. Estos problemas ya se han experimentado con los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, cuyos problemas de competencia son bien conocidos”. BACHMAIER WINTER, L., “La implantación de juzgados especializados en violencia contra los menores es una medida innecesaria”, entrevistada por Agustín López, Blog de los Estudios de Derecho y Ciencia Política (IurisCrimPol), UOC, 5 de marzo de 2024 (<https://blogs.uoc.edu/edcp/es/lorenabachmaier-la-implantacion-de-juzgados-especializados-en-violencia-contra-los-menores-es-una-medida-innecesaria/>; última consulta: 11/03/2024).

CCJE hace alusión a dos supuestos que son encuadrables bajo la rúbrica de este epígrafe⁸⁶:

- Establecer un tribunal altamente especializado puede tener el objetivo o el efecto de separar a estos jueces del resto del Poder Judicial y exponerlos a la presión de las partes, los grupos de interés u otros poderes del Estado.
- En un ámbito del derecho restringido, existe el peligro real de provocar una impresión de excesiva proximidad entre jueces, letrados y fiscales durante cursos de formación conjuntos, conferencias o reuniones. Esto podría no solo perjudicar la imagen de la independencia e imparcialidad judiciales, sino que también podría exponer a los jueces al riesgo real de la influencia oculta y por lo tanto de la orientación de sus resoluciones.

En este punto, a nuestro juicio, el Informe se refiere al supuesto particular en el que se confiere la competencia de un determinado tipo de litigios a un tribunal único, un caso que, pudiendo ser encuadrable en el fenómeno más amplio de especialización judicial —aunque no necesariamente—, no lo representa en su integridad. A nuestro modo de ver, la hiperconcentración de asuntos en un único tribunal, efectivamente, puede afectar a la independencia e imparcialidad de los jueces que actúan en él. A fin de cuentas, con esta medida se produce una enorme concentración de poder en unas pocas “manos”, que se vuelven más visibles, identificables y, por tanto, más susceptibles de recibir presiones. Un caso paradigmático en España sería el de la Audiencia Nacional que, sin ser un tribunal especializado, asume el conocimiento en exclusiva de determinados tipos de litigios, lo que ha suscitado serias dudas desde el punto de vista de su encaje constitucional⁸⁷. Sin embargo, no parece que la especialización judicial por razón de la vulnerabilidad afecte a la independencia e imparcialidad de los jueces por estos motivos.

Más problemático a los efectos de este trabajo nos parece el riesgo de ideologización de los jueces especializados que, curiosamente, no se menciona en el citado informe. Hay estudios que apuntan que los jueces especializados tienden a reflejar en mayor medida que los generalistas su particular ideología en las resoluciones que dictan y, por lo tanto, a aplicar

⁸⁶ (<https://rm.coe.int/16807481cb>, última consulta: 26/02/2024).

⁸⁷ De forma destacada *vid.* ASECIO MELLADO, J. M., “La Audiencia Nacional: una visión crítica”, *Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas)*, núm. 29, 2003.

de manera más laxa la legislación vigente con ese propósito⁸⁸. Como han señalado DOMÉNECH PASCUAL y MORA SANGUINETTI, “[I]a posibilidad de dedicarse en exclusiva a juzgar casos de una determinada clase atraerá particularmente a aquellos jueces a los que esta tarea les resulte singularmente gratificante. Y es probable que muchos de ellos sean los que están más dispuestos a aprovechar la plataforma que la especialización les brinda para reflejar su personal visión de los problemas jurídicos que tales casos plantean. Los llamados naturalmente a ocupar estos órganos son los jueces que sostienen posiciones ideológicas más marcadas en relación con la materia en cuestión”⁸⁹. Si aplicamos esta tesis al objeto de nuestro estudio, deberíamos llegar a la conclusión de que si un juez está especialmente sensibilizado con un colectivo vulnerable —por razones personales o familiares, por ejemplo— es muy probable, si se dan las condiciones, que acabe ocupando una plaza en un órgano jurisdiccional especializado por esa razón. Y, por tanto, es razonable pensar que el sesgo de estos jueces sea superior al de un juez generalista, con la merma que esto supone para el recto ejercicio de la potestad jurisdiccional y, en definitiva, para los derechos y garantías procesales de los justiciables.

En este sentido, conviene rescatar la opinión de AENCIO MELLADO sobre esta cuestión. Según este autor, la especialización judicial debe estar fundamentada en “razones materiales jurídicas”, de lo contrario se corre el riesgo de afectar a la neutralidad del Poder Judicial, con el consecuente riesgo de propiciar el activismo judicial. Un efecto que, como sentencia este autor, “puede ser la consecuencia de decisiones que afecten a la integridad del sistema”⁹⁰. Sin duda, nos parece que detrás de esta afirmación se esconde uno de los factores claves que han de ser ponderados a la hora de apostar por la especialización judicial como método para mejorar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

Identificar y abordar el problema del acceso a la justicia de los colectivos vulnerables supone asumir que, desgraciadamente, las desigualdades sociales en muchos casos se trasladan al ámbito procesal. Las personas en condición de vulnerabilidad no están en la misma posición que el resto de los ciudadanos a la hora de defender sus derechos ante un tribunal de

⁸⁸ DOMÉNECH PASCUAL, G. D., MORA SANGUINETTI, J. S., “El mito de la especialización judicial”, *cit.* p. 24.

⁸⁹ *Ibidem*, pág. 24.

⁹⁰ AENCIO MELLADO, J. M., “Diálogos para el futuro judicial XVIII. Organización y especialización judicial”, *Diario La Ley*, núm. 9783, Sección Plan de choque de la Justicia / Encuesta, 3 de febrero de 2021, p. 17.

justicia. Para hacer frente a este problema, los legisladores vienen incorporando diversas medidas de índole procesal que tratan de compensar dicha desigualdad. Sin embargo, no se puede perder de vista que el principio de igualdad es la esencia del proceso jurisdiccional y, por tanto, es también un límite infranqueable para este tipo de medidas. Por este motivo, autores como GÓMEZ COLOMER han señalado que “la legislación procesal no es la más adecuada para resolver jurídicamente las desigualdades personales, grupales, sociales, económicas y culturales”⁹¹. Efectivamente, cuando la especialización judicial tiene como fundamento “igualar” las posiciones de las partes, se corre el serio peligro de distorsionar el papel del juez en el proceso y la propia esencia del mismo⁹².

Ahora bien, reducir la especialización judicial por razón de la vulnerabilidad a la categoría de mecanismo para igualar la posición de las partes, sería simplificar en exceso este fenómeno. El propósito de este tipo de especialización judicial puede —y debe— ir encaminado, por un lado, a remover los obstáculos a los que se enfrenta un determinado colectivo vulnerable a la hora de acceder a la jurisdicción y, por otro, a mejorar —en términos de calidad y eficacia— la respuesta jurisdiccional que estos ciudadanos reciben. Dos objetivos que, según hemos analizado en este trabajo, pueden ser logrados a través de la especialización judicial. De este modo, según nuestro criterio, por el hecho de que se trate de un tipo de especialización que no necesariamente encuentra su justificación en “razones jurídicas materiales”, no se tiene por qué producir una desviación de la función jurisdiccional. Pueden existir elementos extrajurídicos de orden subjetivo que justifiquen, por ejemplo, que el juez cuente con una formación específica a fin de que pueda desempeñar su función en mejores condiciones. Algo que, en principio, no debe interferir en la recta aplicación del derecho al caso concreto.

⁹¹ GÓMEZ COLOMER, J. L., *Introducción al Derecho Procesal*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, 2023, p. 254.

⁹² En este sentido, merece la pena traer a colación la reflexión que realiza LÓPEZ SÁNCHEZ sobre este particular. Según este autor: “la forma contradictoria ante un juez imparcial reclama la igualdad de las posiciones de las partes para que las similares oportunidades de alegación que se les ofrecen permitan una efectiva tutela y una adecuada defensa. Esta igualdad no debe descansar necesariamente en una redefinición del papel del juez para apuntalar posiciones intrínsecamente débiles, vulnerables. El activismo judicial podría comprometer la debida imparcialidad”. LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “Prólogo”, *Los vulnerables ante el proceso civil*, (dirs. Javier López Sánchez y Juan F. Herrero Perezagua), Atelier, 2022, p. 18.

2.3. Riesgos relacionados con la pérdida de calidad de las resoluciones jurisdiccionales

Por último, no podemos pasar por alto los posibles efectos adversos de la especialización judicial respecto de la calidad de las resoluciones jurisdiccionales. Aunque pueda parecer paradójico, el 15º informe del CCJE identifica que la especialización judicial, bajo determinadas circunstancias, puede propiciar un empobrecimiento de la jurisprudencia, en general, y de las resoluciones jurisdiccionales, en particular.

El informe señala que, cuando los jueces, por razones de especialización, “han tenido que resolver con anterioridad respecto a los mismos asuntos, podrían tender a reproducir esas resoluciones previas, lo que podría obstaculizar la evolución de la jurisprudencia en coherencia con las necesidades de la sociedad”. Un peligro que se puede ver agravado, según el propio informe, cuando las resoluciones en un ámbito específico se concentran en un grupo muy restringido de jueces⁹³. En línea con esta afirmación, se señala que la especialización puede propiciar “compartimentación del derecho y del proceso, distanciando a los jueces especializados de las realidades jurídicas de otros ámbitos y aislándolos potencialmente de los principios generales y los derechos fundamentales”⁹⁴.

Desde nuestro punto de vista, este riesgo es el menos contrastado de todos los expuestos en el informe y el más sencillo de contrarrestar. Porque, aun dando por bueno este argumento, nos parece que este riesgo se reduce al mínimo en sistemas judiciales como el español en el que el acceso a la carrera judicial exige acreditar unos conocimientos jurídicos generales importantes. Más aún si tenemos en cuenta que la especialización judicial *orgánica* —que es en la que nos centramos en este trabajo— se refiere al órgano y no a la persona del juez. De este modo, la especialización judicial es compatible con normas que faciliten y promuevan la movilidad de los jueces entre los diferentes tipos de juzgados y tribunales.

VI. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta todos los aspectos analizados a lo largo de este trabajo, no es posible alcanzar una conclusión absoluta sobre la especialización judicial y su proyección sobre el acceso a la justicia de las personas en

⁹³ (<https://rm.coe.int/16807481cb>, última consulta: 28/02/2024).

⁹⁴ *Ibidem*.

condición de vulnerabilidad. Las conclusiones alcanzadas son, en cambio, parciales y relativas. Si bien, creemos que interesantes para contribuir al debate que se está produciendo en torno a este fenómeno.

Como hemos tenido ocasión de exponer, la especialización judicial y, en particular, la creación de órganos jurisdiccionales especializados es una medida que puede ser interesante para mejorar el acceso a la justicia. El acceso a una justicia especializada brinda a los justiciables una serie de beneficios, en muchas ocasiones intangibles, que mejoran la experiencia de estos ante los tribunales. Cuando los justiciables son personas en los que concurre una causa de vulnerabilidad —ej. edad, discapacidad, género, etc.—, estos beneficios pueden ser fundamentales para garantizar un acceso efectivo a la justicia.

Ahora bien, ni siempre la especialización judicial lleva aparejado estos efectos positivos, ni se trata de una medida neutra desde el punto de vista jurídico y económico. Por este motivo, su adopción debe ser siempre el resultado de un estudio exhaustivo de las necesidades de la población y de las capacidades del sistema judicial. Porque, aunque se trate de una decisión política, es peligroso que su adopción se guíe por los criterios de oportunidad que suelen imperar en este ámbito.

Incluso si se llega a la conclusión de que concurre una causa *legítima* para crear un órgano jurisdiccional especializado —ya sea la complejidad técnica de una materia o la necesidad de prestar una atención especial a un colectivo vulnerable—, su adopción debe ser planificada y no improvisada. Entre otros motivos porque sus potenciales beneficios están supeditados a que la medida venga acompañada otras que garanticen, por ejemplo, la especialización del personal jurisdiccional y no jurisdiccional, la previsión de normas procesales especiales y la previsión de un derecho sustantivo que sea “justo”. De lo contrario, la especialización judicial por sí misma no es garantía de nada y, es más que probable, que sus posibles beneficios se vean superados por los costes —o desventajas— que lleva aparejados.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV, “Diálogos para el futuro judicial XVIII. Organización y especialización judicial”, Diario La Ley, núm. 9783, Sección Plan de choque de la Justicia / Encuesta, 3 de febrero de 2021.
- ALGAZA VILLAAMIL, O., “Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978”, 2.^a ed., Marcial Pons, 2016.

- ÁLVAREZ ALARCÓN, A., “La recepción de las 100 Reglas de Brasilia en los ordenamientos jurídicos iberoamericanos”, *Justicia y personas en Iberoamérica y en la Unión Europea* (dir. Arturo Álvarez Alarcón), Tirant lo Blanch, 2021, pp. 25-46.
- ÁLVAREZ ALARCÓN, A., y CARO CATALÁN, J., “Medidas generales de protección a las personas en condición de vulnerabilidad”, *Acceso a la justicia de las personas vulnerables* (dirs. Arturo Álvarez Alarcón y Diana Ramírez Carvajal), Reus, 2023, pp. 31-50.
- ANDRADE SÁNCHEZ, E., *Teoría general del Estado*, Tirant lo Blanch, 2021.
- AÑÓN, M. J., “El derecho de acceso como garantía de justicia: perspectiva y alcance”, *Acceso a la justicia y garantía de los derechos en tiempos de crisis*, (coord. Cristina García-Pascual), Tirant lo Blanch, 2018, pp. 19.-75.
- ASENCIO MELLADO, J. M., “La Audiencia Nacional: una visión crítica”, *Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas)*, núm. 29, 2003.
- BACHMAIER WINTER, L., “La implantación de juzgados especializados en violencia contra los menores es una medida innecesaria”, entrevistada por Agustín López, *Blog de los Estudios de Derecho y Ciencia Política (IurisCrimPol)*, UOC, 5 de marzo de 2024 (<https://blogs.uoc.edu/edcp/es/lorena-bachmaier-la-implantacion-de-juzgados-especializados-en-violencia-contra-los-menores-es-una-medida-innecesaria/>; última consulta: 11/03/2024).
- BARONA VILAR, S., “Mutación de la justicia en el siglo XXI. Elementos para una mirada poliédrica de la tutela de la ciudadanía”, *Justicia poliédrica en periodo de mudanza (Nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad)* (ed. Silvia Barona Vilar), Tirant lo Blanch, 2022, pp. 31-62.
- BAUM, “Probing the effects of judicial specialization”, *Duke Law Journal*, vol. 58:1667, 2009, pp. 1-18.
- BAUM, L., *Specializing the Courts*, The University of Chicago Press, 2011.
- BERNUZ BENEITEZ, M. J., “La legitimidad de la justicia de menores: entre justicia procedimental y justicia social”, *InDret*, 1/2014, 2014.
- BURGORGUE-LARSEN, L., “La vulnérabilité saisie par la philosophie, la sociologie et le droit. De la nécessité d’un dialogue interdisciplinaire”, *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe* (dir. Laurence Burgorgue-Larsen), Pedone, 2014, pp. 237-244.
- CAPPELLETTI, M., “Dispute resolution processes withing the framework of the worldwide access-to-justice movement”, *The Modern Law Review*, vol. 56, 1993, pp. 282-296.
- CARPI, F., “La specializzazione del giudice come fattore di efficienza della giustizia civile”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, núm. 3, 2013, pp. 1009-1019.
- CUETO SANTA EUGENIA, E., *El desistimiento en la justicia juvenil y su fundamento educativo*, Tirant lo Blanch, 2023.
- DAMIÁN MORENO, J., “La reforma de la casación y la cuestión en torno al carácter vinculante de la jurisprudencia”, *Diario La Ley*, núm. 6355, 21 de octubre de 2005.
- DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., “El reto de la proyectada especialización orgánica procesal en familia, infancia y capacidad”, *Logros y retos de la justicia civil en Es-*

- pañá*, (dir.) Fernando Jiménez Conde, Julio Banacloche Palao y Fernando Gascón Inchausti, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 845-856.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. D., MORA SANGUINETTI, J. S., “El mito de la especialización judicial”, *Indret*, núm. 1, 2015, pp. 1-33.
- DUCE, M., COUSO, J., “El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el Derecho Comorado”, *Política Criminal*, vol. 7, núm. 13, 2012.
- FINEMAN, A. M., “The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition”, *Yale Journal of Law & Feminism*, vol. 20, núm 1, 2008, 1-23.
- FUENTES SORIANO, O., “La constitucionalidad de la Ley Orgánica de Medida de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Diario La Ley*, núm. 6362, de 18 de noviembre de 2005, pp. 1153-1170.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., *Introducción al Derecho Procesal*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, 2023.
- GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Derecho aplicable y jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual*, Marcial Pons, Madrid, 2019.
- JUAN SÁNCHEZ, R., “Calidad de la justicia, gestión de los tribunales y responsabilidades públicas. Algunos estándares internacionales y otras buenas prácticas para favorecer el acceso a la justicia”, *Acceso a la justicia y garantía de los derechos en tiempo de crisis: de los procedimientos tradicionales a los mecanismos alternativos*, (coord. Cristina García Pascual), Tirant lo Blanch, 2018, pp. 77-133.
- LAFUENTE TORRALBA, A. J., “Las reformas del proceso civil en defensa de los vulnerables: una gran virtud y varios pecados capitales”, *Los vulnerables ante el proceso civil* (dirs. Juan Francisco Herrero Perezagua y Javier López Sánchez), Atelier, 2022, pp. 23-62.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “Los retos de la justicia civil ante los litigios en masa”, *Logros y retos de la justicia civil en España* (dirs. Fernando Jiménez Conde, Julio Banacloche Palao y Fernando Gascón Inchausti), Tirant lo Blanch, 2023, pp. 275-356.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “Prólogo”, *Los vulnerables ante el proceso civil*, (dirs. Javier López Sánchez y Juan F. Herrero Perezagua), Atelier, 2022.
- LORENZETTI, R., “Acceso a la justicia de los sectores vulnerables”, *Defensa pública: Garantía de acceso a la justicia*, Ministerio Público de la Defensa, La Ley, 2008, p. 62. (recuperado en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29270.pdf>; última consulta: 13/03/2024).
- MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., “Introducción: aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el derecho europeo”, *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo* (coords. Carlos R. Fernández Liesa y Fernando M. Mariño Menéndez), Ministerio de Trabajo e inmigración, Subdirección General de Publicaciones, 2001, pp. 19-26.
- MARQUES CEBOLA, C., ALMEIDA, S., SARDINHA MONTEIRO, S., “El procedimiento de acompañamiento del mayor de edad en Portugal: el papel del Ministerio Fiscal y del Médico Forense”, *Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y en la Unión Europea* (dir. Arturo Álvarez Alarcón), Tirant lo Blanch, 2021, pp. 411-435.

- MELERO BOSCH, L., “Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 6, marzo, 2005.
- MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 26.^a ed., Tirant lo Blanch, 2018.
- MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al Derecho Procesal*, 11.^a, Tirant lo Blanch, 2021.
- MORONDO TARAMUNDI, D., “¿Un nuevo paradigma para la igualdad? La vulnerabilidad entre condición humana y situación de indefensión”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2016 (recuperado en: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/8916>; última consulta: 11/03/2024).
- N., JORGENSEN, N., VÁZQUEZ, P., “Assessing the argument fo specialized courts: evidence from family courts in Spain”, *International Journal of Law, Policy & Family*, vol. 24, Issue 1, 2010, pp. 54-66.
- OLASO ARRILLAGA, J., “La respuesta judicial a la violencia sobre la mujer en España. Situación actual y necesidad de un nuevo modelo organizativo”, *Diario La Ley*, núm. 10066, de 11 de mayo de 2022.
- OPESKÍN, B., “The relentless rise of judicial specialization and its implications for judicial systems”, *Current Legal Problems*, 75 (1), 2022.
- ORTELLS RAMOS, M., “Jurisdicción y servicio público de justicia”, *Introducción al Derecho Procesal* (dir. Manuel Ortells Ramos), 9.^a ed., Aranzadi, 2019, pp. 41-51.
- PASTOR, S., *Análisis económico de la justicia y reforma judicial*, Tirant lo Blanch, 2016.
- PÉREZ DAUDÍ, V., “El precedente judicial. La previsibilidad de la sentencia y la decisión automatizada del conflicto”, *Revista General de Derecho Procesal*, num. 54, 2021, pp. 1-30.
- PILLADO GONZÁLEZ, E., “Aplicación de los principios de la justicia terapéutica al derecho de familia”, *Los conflictos de Derecho de Familia desde la justicia terapéutica*, La Ley, 2020.
- PORRAS NADALES, A., “El Estado Social”, *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, 2014.
- RIBOTTA, S., “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia”, *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 6, núm. 2, 2012, pp. 77-114.
- RODRÍGUEZ PÉREZ, J. P., “La justicia de menores en España: Análisis histórico-jurídico”, *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 18, 2001, pp. 419-440.
- RODRÍGUEZ TIRADO, A. M.^a, VÁSQUEZ CUEVAS, R., “Acceso a la justicia de las personas menores de edad (niños y niñas)”, *Acceso a la justicia de las personas vulnerables* (dirs. Arturo Álvarez Alarcón y Diana Ramírez Carvajal), Reus, 2023, pp. 51-73.
- RUIZ-RICO RUIZ, G., CARAZO LIÉBANA, M. J., *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tirant lo Blanch, 2013.

SOLÉ RESINA, J., “La especialización de la jurisdicción de familia”, *La Ley: Derecho de Familia*, núm. 28, 2020, pp. 23-28.

VIJAY DAMLE, S., “Specialize the judge, not the court: a lesson from the German Constitutional Court”, *Virginia Law Review*, vol. 91, núm. 5, 2005, pp. 1267-1311.

THE PRINCIPLE OF ORALITY AS A MECHANISM AND GUARANTEE OF TRANSPARENCY AND LEGITIMACY OF JUDICIAL DECISION-MAKING

El Principio de oralidad como mecanismo y garantía de transparencia y legitimidad en la toma de decisiones judiciales

KATARÍNA ZAJÁC ŠEVCOVÁ

Associate Professor. Matej Bel University, Faculty of Law
katarina.sevcova@umb.sk

SUMMARY: I. Introduction, II. A look at the historical development and situation in Slovakia, III. On the concept of principles, correlation with other process principles- 1. The principle of directness. 2. The principle of immediacy. 3. Principle of concentration. 4. The Adversarial principle (*contra dicere*). 5. Principle of economy and procedural economy. 6. The principle of the public and the publicity of the process. 7. Proper occupancy of the court. 8. The principle of independence and impartiality, IV. Preference of oral or written proceedings? V. Orality in civil proceedings of European countries and before the European Court of Human Rights, VI. Conclusion

Abstract: The perception of the proceedings as fair is inextricably linked to publicity, transparency, and access of the parties to the court. The principle of orality acts as a counterpart to the principle of literacy, although at present we encounter rather a combination of these elements, and correlates with the other principles of the process. The application of the oral principle in the civil process has obvious advantages, it is worth pointing out that in principle, it must be applied in the phases and activities in which it is effective; without necessarily excluding the document from the process as an instrument helpful, sometimes even necessary. Orality on its own is not a guarantee of fair procedure. And if there is an oral element in the proceeding, it does not automatically mean that it is an orality. Currently, the principle of orality is confronted with the use of modern technical means of communication and we can see an inclination to written form in the proceedings, either in our country or on a European scale.

Keywords: immediacy, orality, civil procedure, public hearing, written procedure, principles of civil trial.

Resumen: La percepción de que el proceso es justo está indisolublemente ligada a la publicidad, la transparencia y el acceso de las partes al tribunal. El principio de oralidad actúa como contraparte del principio de literalidad, aunque en la actualidad encontramos más bien una combinación de estos elementos y se correlaciona con

los demás principios del proceso. La aplicación del principio oral en el proceso civil tiene evidentes ventajas, cabe señalar que en principio debe aplicarse en las fases y actividades en las que resulta efectivo; sin excluir necesariamente el proceso el documento como instrumento útil, necesario, a veces incluso necesario. La oralidad por sí sola no es garantía de un procedimiento justo. Y que haya un elemento oral en el procedimiento, no significa automáticamente que sea oral. Actualmente, el principio de oralidad se enfrenta al uso de medios técnicos modernos de comunicación y podemos ver una tendencia a la forma escrita en los procedimientos, ya sea en nuestro país o a escala europea.

Palabras clave: inmediatez, oralidad, procedimiento civil, audiencia pública, procedimiento escrito, principios del juicio civil

Abbreviations

ALI	American Law Institute
CCP	Code of the civil contentious proceedings of the Slovak Republic
ECtHR	European Court of Human Rights
ELI	European Law Institute
EU	European Union
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
TJEU	Court of Justice of the European Union
UN	United Nations

I. INTRODUCTION

According to scientific research, the tone of voice, body language, and position of partners represent 93% of the communication power of human beings¹. “Orality is understood as a communication system that determines the ways of organizing culture, society, and the ways of thinking of its members. Each socio-cultural group that preserves and transmits the memory of its history, based on oral systems (with possible mnemonic aids), extends this memory to all its members. A collective memory is created, which includes not only knowing the group’s past but also learning about the futur²”.

The principle of orality is a tool and rule of civil procedure. However, its scope goes beyond the legal order. After all, it must be recognized that for a human being, the spoken word includes knowledge of the facts, traditions, and norms of a certain group. As far as the civil process is concerned, oral

¹ REBRO, K. and BLAHO, P. *Roman law*. Bratislava: Obzor, 1991, 448p.

² HERRERA, M., DIEGO A., and JAIME A. C. M. *La oralidad en el proceso civil: realidad, perspectivas y propuesta frente al rol del juez en el marco del Código General Del Proceso*. Universidad del Rosario, 2018. <https://doi.org/10.12804/lj9789587840384>

proceedings before the court are not an end in themselves. It is rather a means or an instrument that seeks to guarantee the right to a fair trial. The principle of orality provides greater flexibility in judicial proceedings. In the search for truth, orality is an ideal means of reproducing past events, as it allows direct verification of facts reveals false attitudes and, of course, promotes communication between all process subjects. Of course, we are not thinking of elevating this principle to the category of a directive without which the judicial process is not correct, because it is necessary to equally value written acts and their advantages.

The perception of proceedings as fair is associated with publicity, transparency, control of the activities of the judge and the parties, concentration of procedural actions, immediacy, and morality in the discussion. It is related to the requirement of public proceedings, which is perceived as a real guarantee of independent and fair proceedings. Many international treaties also directly refer to the principle of orality when they enshrine and guarantee the “right to be publicly heard”, namely “based on the justification of any charge” (Article 10 of the Universal Declaration of Human Rights; Article 14 of the UN International Covenant on Civil and Political Rights 1976).

The requirement that witnesses give evidence orally, under oath, in public, and that we test it through vigorous cross-examination, are thus important symbols of open justice and contribute to the overall legitimacy of the system. In civil proceedings, the principle of orality focuses on public discussion and presentation of evidence related to the dispute before the court. In criminal proceedings, orality is aimed at ensuring the rights of the accused to publicly and properly defend their position before the court and refute accusations. The principle of orality is about more than the court receiving oral evidence. It is also a mechanism through which to uphold the other principles and rights on which it rests or represents. These include (a) open and public justice; (b) confrontation – and the ability to observe the demeanor of the witness as a result; (c) factual accuracy and protection of the innocent; (d) public acceptability of the process and its outcome; and thus, ultimately, the trial’s legitimacy. The traditional adversarial story tells us that our commitment to the principle of orality, as it is upheld through our traditional approach to securing evidence, also upholds the legitimacy of the verdict. This is because it is the publicly accepted and most transparent way in which to do justice. Roberts notes that the living oral tradition will

retain its legitimacy – which is rooted in public confidence and trust in the integrity of officials – for as long as it retains its cultural authority³.

Trials can be oral or written. The principle of orality stands as the opposite of the principle of writing, it is a principle that is based on positive law, in which procedural acts are mainly performed orally, under normal circumstances by questioning and reducing written documents only to the strictly necessary. It is evident that nowadays there are no “pure” exclusively oral or written processes; all combine features of both of these approaches to court proceedings. Despite the above, we could say that when orality prevails, the process could be identified as oral, especially when the process is organized in the presence of the public. Let us recall the Latin winged statement, *verba volant, scripta manent* - words fly, written remain (probably uttered by senator Gaius Titus before the Roman Senate, the era of Hadrian and Antonius Pius), which rather refers to the advantage of the written form, especially in legal contact, writing contracts, but another meaning can also be felt here. But perhaps it was meant that the spoken word can fly and soar, and be something winged and sacred as Plato presented it in his teaching. He is also credited with saying “Knowledge of words leads to knowledge of things.” In any case, word and writing are not in opposition, on the contrary, they are just different forms of expressing an idea. After all, writing itself, following orality, which requires the presence of communicators and dialogue, was developed to preserve ideas and spread them further.

II. A LOOK AT THE HISTORICAL DEVELOPMENT AND SITUATION IN SLOVAKIA

According to historical sources, the first sketches of the trial were oral. In fact, in ancient Rome, even the very roots of the words *judicare* and *vindicare* represent a predominantly oral system of legislative measures, which can be seen during formula proceedings (2nd century BC to 3rd century AD). Only in the imperial era, in the phase corresponding to cognitive action (3rd century AD until Justinian’s codification, 527 AD) can we observe the preference of documentary evidence over oral testimony in the process of state power in resolving conflicts, and decisions are also written⁴. The Roman process was oral, and only gradually passed into written form, which

³ ROBERTS, P. Roberts and Zuckerman’s Criminal Evidence. 3rd edition Oxford: OUP. 521-522 p.

⁴ MEROI, A. Oralidad y Proceso Civil. *Revista de la Universidad de Medellín*, Vol. 3, Num. 1 2009, p. 27-48. available at https://www.academia.edu/33176039/ORALIDAD_Y_PROCESO_CIVIL

changed definitively in the 13th century by decree of Pope Innocent III. (1216), which through the Fourth Lateran Council brought a canonical code, based on a written procedure. This contributed to increasing the influence of the religious sphere, creating an opportunity for rational decision-making on the evidence. The need for stability and security of the proceedings brought writing into the proceedings.

Germanic law preserved its tradition of public and oral process, which was characterized by formalisms, symbols, and a certain mystical color. The process of the Germanic peoples was essentially oral and public because they did not use a written form. Let's also remember that at this time the process was carried out primarily based on ordeals or before a popular assembly. The late Middle Ages (approx. 1000 to 1453 or 1492) was subsequently a moment of fusion of both traditions through the consolidation of the Italian-canonical process, one of the most striking features of which was the respect for the principle *quod non est in actis, non est in mundo*. This procedure had signs of writing, formalities seemed complicated, slow, and expensive⁵. The proceedings were closed to the public and lasted quite a long time. It was also influenced by the system of legal evaluation of evidence, and decisions were very difficult to review. Until then, the set of live-action turned into a de facto dead action, which no longer focused on the search for truth, but on convincing the disputing parties that the decision is exact and correct.

The dominance of the old written procedure in the sense of the *ius commune* traditions in the civil process was broken only after a long and difficult struggle that lasted almost three hundred years and culminated in the adoption of national codes of civil procedure in the nineteenth century, in some countries, in fact, only at the beginning of the twentieth century.

Strong criticism was raised against the written process, which was based on the ideals of the French Revolution. Revolutionary voices proposed a set of rules that encouraged a series of practical judicial reforms. One of the central themes of the convention reform movement was the orality of proceedings. According to the reformists, orality represented a new doctrine of procedure, which mainly included oral hearings, but also related principles such as publicity, concentration of proceedings, evaluation of evidence, and expansion of judicial authority, which were enshrined in legal provisions

⁵ MEROI, A. Oralidad y Proceso Civil. *Revista de la Universidad de Medellín*, Vol. 3, Num. 1 2009, p.27-48. available at https://www.academia.edu/33176039/ORALIDAD_Y_PROCESO_CIVIL

at various levels⁶. The elimination of the secret process and the system of legal evaluation of evidence were benefits of the French Revolution. To this extent, the process designed in France became a radically different process from the rest of European countries, so that at the time when the term oral process was used, it referred to the French process.

Continental Europe took a new direction and in the 19th century, there was a strong pan-European movement in favor of the oral system of proceedings, which produced a great movement of historical-comparative analysis, protest, and reform. It culminated in the reform of the old rigid system characterized by a written procedural scheme in which only what was written existed for the judge. In 1806, the Code de procédure civile was published in France, which served as a model for most European countries. Fast plenary procedures were preferred⁷. The subsequent development had an important milestone in 1895 in the form of the adoption of the Austrian Zivil Prozess Ordnung. Its author, Franz Klein, believed that the previous perception of the written process was a waste of time and money and negatively affected the country's economy. Therefore, he designed the oral part of the proceedings with a significant increase in the judge's discretionary power⁸. It should be remembered that the approach of this reform was not radical and did not mean the introduction of a purely oral process. Rather, one can speak of a process that retained the elements of writing, especially in the preparatory phase, but then the oral and public phases of discussing the matter were dominant. Austrian and German law subsequently influenced the development of the legal order in Europe in a series of historical events (in Spain the procedural code LEC was adopted in 1855, in Italy the reform was enforced at the beginning of the last century in 1919 and to this day orality is perceived to a limited extent, which resulted from the strong influence of the canonical process). The medieval postulate and written maxims were replaced by the slogan *-quod non in ore, non in mundo*.

1. LEGAL ADJUSTMENT IN THE SLOVAK REPUBLIC

The principle of directness and oral presentation of evidence as one of the basic principles of civil court proceedings in the legal order of the Slovak

⁶ HOMBURGER, A. *Functions of orality in Austrian and American civil procedure*, 20Buff. L. Rev. 9 (1970)^o. Available at: <https://digitalcommons.law.buffalo.edu/buffalolawreview/vol20/iss1/6>

⁷ Sections 402 and 407 provide that in all summary and commercial cases the depositions of the parties must be heard at a hearing.

⁸ CIPRIANI, F. *Batallas por la justicia civil*, trad. Eugenia Ariano Deho, Lima: Cultural Cuzco, 2003, 552p.

Republic is not only guaranteed by the Constitution (Article 48, paragraph 2). The principle of orality is specifically formulated in the Act on Judges and Associates in Article 8, paragraph 1, which stipulates that “as a rule, proceedings are oral and public unless the law provides otherwise”. Orality as well as the general principle of civil court proceedings is enshrined in Section 6 par. 1 of Act No. 335/1991 Coll. on Courts and Judges, which clearly defines that proceedings before the courts are oral and public, and exceptions can only be established by law.

Until recently, the valid Code of Civil Procedure stipulated (Section 115, valid till 2016) that “the court shall order an oral hearing in the presence of the participants and other persons if their presence is necessary unless the law provides otherwise.” An oral hearing is not necessary if it does not conflict with public interests if the matter can be decided based on written evidence and if the parties have expressly waived their right to an oral hearing. An oral hearing is not ordered (Section 115 par. a) Civil procedural Code CPC Act 99/1963 Coll.) in disputes about small claims, or proceedings in matters of low value, which means that the court usually decides in written proceedings, unless it deems it necessary to order an oral hearing⁹. The oral form is dominant, even written evidence is accepted by the court at the hearing - the judge reads the document or summarizes its content.

In 2015, a major recodification of civil process standards took place in Slovakia. The new Code of the civil contentious proceedings of the Slovak Republic (Act.160/2015 Coll.) also reflects the traditional principle of orality (Section 176). On the other hand, however, the law provides for cases in which it is not necessary to order a court hearing and the court can only refer to the written form. In this context, the procedural criterion of the value of the dispute (*valoris causae*) is being introduced instead of the previously used term frivolous disputes. The court does not have to order an interrogation if the subject concerns only a legal assessment, the claims of the parties to the proceedings are not disputed and the value of the claim does not exceed 2,000 euros. (Section 177). Cumulative fulfillment of the stated conditions must occur. In such a situation, there is no need to order a hearing or take evidence. The court decides based on the undisputed claims of the parties and it is only a legal assessment of the matter. Evidence needs to be carried out only if there are disputed claims of the parties.

The court does not have to order a hearing when the parties agree that the hearing should not take place and the court can therefore decide on the

⁹ Resolution of the National Assembly of the Slovak Republic 7Cdo 305/2015

matter even without a hearing. This provision reflects the fact that evidence must be admitted only if it contradicts the findings of the parties. An oral hearing may not be held in certain specified cases, such as summary proceedings, default judgment, payment order¹⁰, etc.

Based on the above, it can be confirmed that the oral principle dominates the Slovak civil process. An oral hearing is generally the rule and is not necessary unless the written form is not contrary to the public interest the case can be decided based on written evidence and the parties have expressly waived their right to an oral hearing. An oral hearing is not ordered in small claims or proceedings in matters with a low dispute value. However, it is true that as part of the recodification of procedural regulations, there has been a significant increase in cases where the court does not have to order a hearing and therefore decides without oral contact.

Exceptions to the principle of orality are therefore given mainly by the very nature of the proceedings. This is mainly a situation in proceedings where the facts are clear, such as when the payment order is issued, and in the event of the defendant's disagreement, the latter has the simple possibility of using the opposition and canceling the decision. If the parties do not consider the asserted facts to be contradictory and agree to discuss the matter without a hearing or do not show interest in the course of the proceedings. Also when discussing remedies and their admissibility, it is clear that the procedural conditions for its submission have not been met. Even with these facts in mind, it can be concluded that it has an inherent position in the general principles of the judiciary, and together with the principle of the publicity, their meaning and mission can be seen mainly in the fact that they are the only guarantees of such a judicial process that respects the social function of the courts as an independent body¹¹.

However, the recent procedural reforms have expanded the instances where courts can decide without oral hearings, emphasizing efficiency over traditional orality principles. While these exceptions may streamline certain proceedings, they potentially undermine transparency and the parties' right to present their case verbally, raising concerns about the fairness and accessibility of the judicial process. Therefore, while acknowledging the need for procedural flexibility, it's essential to ensure that these changes uphold

¹⁰ VNUKOVÁ, J. Evidence in civil law - Slovakia. *Institute for Local Self-Government and Public Procurement Maribor*, 2015, <https://doi.org/10.4335/978-961-6842-57-0>.

¹¹ ZOULÍK, F. *Courts and judiciary*. Prague: C.H.Beck, 1995, 263p.

the fundamental principles of justice and safeguard the integrity of the legal system.

III. ON THE CONCEPT OF PRINCIPLES, CORRELATION WITH OTHER PROCESS PRINCIPLES

Legal principles can be understood as supporting ideas of the legal order, which are a kind of skeleton and supporting pillars, basic postulates, and the highest values on which the legal order stands. Certainly, in addition to the universal rules, which are generally respected, each branch of law has its specific principles that characterize and distinguish it from other branches of law.

These are rules of a general nature, which express the basic values enforced by the legal system. According to Dr. Holländer, the principles act as regulatory ideas having the nature of axioms, which are characterized by a high degree of generality of subsumption conditions and are associated with value, moral, and teleological starting points¹².

And therefore countries that belong to the same cultural space usually have similar legal traditions and values, which is also reflected in the functioning of the same legal principles and principles. In the last one, observe the approximation and joint creation of these basic theses within the European Union countries. And it should not be underestimated, on the contrary, we attach great importance to coherence in value systems. As Jean Monet, one of the creators of the idea of a common European state, said, “*If it has to be redone, I would start with the culture*” - *that is if I had to start building the EU project from scratch, I would start with culture and values*. If it were not for the historically given general legal principles of continental law as part of EU law, but especially for newly formulated EU legal principles (principle of loyalty, principle of priority, principle of direct effect, etc.), there could be no connection and unification of EU law with the national legal order of a member state¹³. We observe that in the field of justice, the development is not towards unification, but taking into account the particularities of judicial proceedings in individual countries, there is rather a striking ten-

¹² HOLLÄNDER, P. *Philosophy of law*. 1st edition. Pilsen: Aleš Čeněk, 2006, 30p.

¹³ LEVRINC, M. The principle of autonomy of the will in procedural relations with an international element. In: *Collection from II. of the international scientific conference BANSKOBYSTRICKÉ DNI PRÁVA on the topic Quality of the normative and application side of legality as a determinant of the rule of law* 23. – November 24, 2016, Víglaš Castle. 2017, p.253-261.

gency towards the convergence of the principles on which the organization of the judiciary is based (and there is a discussion about the Brussels III regulation, which should create the framework for their functioning).

Dr. Večera qualifies legal principles as “certain reference points, expressing in a concentrated form the mechanisms of the functioning of legal relations as a manifestation of the normative force of social life, which are common to the legal system of the same legal culture, or even going across several legal cultures. They facilitate the understanding of the law of other countries and the mutual understanding of lawyers. They contribute to the spontaneous unification of law, which is an important moment concerning the advancing globalization and Europeanization of law.”¹⁴

Legal principles are not only part of legal theory and the subject of academic debates. In jurisprudence, the issue of legal principles is perceived primarily in the context of the interpretation and application of law, although it also has its place in issues related to legislative activity¹⁵. The right question is who ultimately applies the principles in law - it is probably the judge himself, deciding the case. Indeed, searching for these principles is not only a task of legal theory, but of practice, when the judge is entrusted with this responsible task, who decides as the legislator would have decided, having in mind the given case?¹⁶ According to Dr. Telec, legal principles “express the eternal truth (*maxima iuris*) and help us not to go astray in finding it.”¹⁷

Large civil codifications in terms of legal principles meant that even legal principles had to be standardized in law as legal constructions and their perception was considerably narrowed. Thanks to the emphasized natural law nature of legal norms, they nevertheless maintained their influence on the legal order.

The principle of orality does not exist in isolation in a civil process. Its action and application are connected to other process principles. It has the most striking connection to the principles of immediacy, with which it is connected, the principle of concentration of action, the principle of public action, but also the principle of speed and economy.

¹⁴ VEČEŘA, M. The nature and sources of legal principles, *Principles in Law, Proceedings of the International Scientific Conference*, Pan-European University, Faculty of Law, 14 May 2015, Bratislava: SAP p.45-53.

¹⁵ HARVÁNEK, J. Principles in law. In: MACHALOVÁ, T. (eds.). *Current issues of methodology of legal thinking*. Prague: Leges, 2014, p.119-146.

¹⁶ KUBEŠ, V. Natural legal principles and “good morals” in the general civil code. In: Krčmář, J. (ed.): *Randa's jubilee memorial. To the centenary of the birth of Antonín Randa*. Prague: Faculty of Law of the Charles University, 1934, p.395-423.

¹⁷ TELEČ, I.: Legal principles and some other things. *Pravník.*, no. 6, 2002, p. 621-663.

1. THE PRINCIPLE OF DIRECTNESS

The principle of directness consists in the requirement that the court come into direct contact with the parties to the proceedings, other procedural subjects, and individual means of evidence. Of course, this principle as well as others has its exceptions. The principle of directness means that the parties to the proceedings and the court act personally and directly in their interactions with each other. We remember the institution of representation, because the party does not always have to act alone in the process. However, this does not change the fact that the subject, if necessary, should personally participate in the hearing. In some cases, the evidence is conducted indirectly, through the requested court. A breakthrough in the principle of orality and directness is the decision of the court without ordering a hearing - the so-called written proceedings (*schriftliches Verfahren*), which the court can conduct, provided that the parties have expressly waived the right to a public hearing of the matter, or agree to the decision of the matter without the order of a hearing, and the decision of the matter without its discussion is not contrary to the requirement of public interest. The principle of orality is also not applied in the so-called abbreviated proceedings, the result of which is the issuance of a payment order (or an order for performance), in proceedings for safekeeping, for cancellation of a deed, etc. The same is true in cases of so-called *minor disputes*.

The essence of the principle of orality is the preference for oral presentations of disputing parties at the hearing. The principle of orality means that the procedural acts are performed under the direct control of the court, and the judicial authority directly perceives the procedural acts and thus has the necessary facts to resolve the dispute.

2. THE PRINCIPLE OF IMMEDIACY

The principle of immediacy in civil proceedings emphasizes the direct interaction between the court and the parties or their representatives during hearings, ensuring firsthand observation of evidence and testimony. On the other hand, the principle of directness underscores the absence of intermediaries or procedural hurdles, allowing for straightforward communication and engagement between the court and the involved parties without undue delay or complexity. Both principles aim to foster transparency, efficiency, and fairness in civil court proceedings but focus on distinct aspects of procedural conduct.

The principles of orality and immediacy is crucial in understanding their distinct roles in civil proceedings. While orality pertains to the verbal exchange and presentation of evidence during hearings, immediacy emphasizes the direct interaction between the court and the parties, ensuring first-hand observation of testimony and evidence, thus facilitating a thorough and fair adjudication process. Clarifying these differences helps ensure a balanced and effective application of both principles in legal proceedings.

The judge should have as much direct, personal contact as possible with the object of the proceedings, be it persons, documents, or places. Mediated information should be as little as possible and mainly refer to the execution of evidence. Such proximity is intended to provide a better basis for making a decision based on what happened or occurred; that is, to obtain a just judgment. That is why the principle of orality is directly linked to this principle and they are often seen as synonyms and stated as one common principle. Although this is not completely accurate and correct, since the court can have direct contact with the evidentiary material even without oral proceedings. In an objective sense, the principle of directness means that “the court must primarily use such evidentiary means that allow its knowledge of disputed facts to be as immediate as possible¹⁸”.

The principle of immediacy is maximized in an oral trial because it allows judges to make contact with the evidence. This principle is usually used in the context of witness testimony, as it allows the judge to conclude. However, this principle does not apply only to processes with a predominance of orality, but can also be manifested in processes where the written form prevails. Even if the judge reads files and documents, he also acts directly. The judge’s contact with written documents also does not pass through any filter, nor does the judge access it through other persons. The term “immediacy” originally meant only that the judge no longer entrusted the practice of testimony or parties to the employees of his judicial office, but ensured it himself¹⁹.

The principle of immediacy does not necessarily imply the requirement of orality, because understanding orality as a condition sine qua non for the realization of the principle of immediacy would mean that in the absence of oral presentations, the court cannot decide what is a misconception. Immediacy is not synonymous with orality, it is only a sign of direct contact of the

¹⁸ STAVINHOVÁ, J. and HLAVSA, P. *Civil process and organization of the judiciary*. Brno, Masaryk University, 2003, 660p.

¹⁹ NIEVA-FENOLL, J. Los problemas de la oralidad. *Justicia: Revista de derecho procesal*. Madrid: Editorial. Bosch, no. 1-2, 2007, p. 101-130.

subject with information, whether oral or written. It is based on the very nature of the processes of human cognition and the subsequent reproduction of facts. There is no orality without immediacy, and directness.

3. THE PRINCIPLE OF CONCENTRATION

This principle represents an effort to ensure that court proceedings end with the smallest possible number of procedural actions. We speak of the concentration of proceedings if, under certain circumstances, various procedural actions are concentrated or combined²⁰. He tries to avoid dispersion of proceedings. This principle is also directly inherent to the principle of orality. There is a tendency to limit various activities in a time-limited period, which at the same time facilitates the speed and fairness of the decision. This connection is logical: only a process that has an oral structure can fully incorporate the principle of concentration.

It requires that procedural acts be carried out as close as possible to each other, preferably in one hearing. The judge should keep in mind the facts presented and form a comprehensive view of the case without fragmentation. The purpose is to prevent unnecessary, unforeseen, and unjustified interruptions in the process. Orality, however, is not presented as a solution to the dispersion of procedural acts, nor can it be said that written proceedings ipso facto create this dispersion. The truth is that there can be procedural acts in which the application of the orality principle makes the process more dispersed, and on the other hand, there are procedural acts in which the predominance of the written form makes the process more concentrated.

Oral hearings of expenses and other parties involved should be developed in the shortest possible time because the closer the procedural activities are to the judge's decision, the less danger there is that the impression that the judge has acquired will be erased and distorted. Indeed, the principle of concentration is the main consequence of orality and the one that most affects the course of litigation. This will simplify the procedures, and speed up the stages of the process, in which the questioning is carried out in a concentrated manner, and the end it means the fastest possible course of the process in court.

²⁰ HURTADO REYES, M. *Estudios de derecho procesal civil*. Lima: Editorial Idemsa. 2nd edition, 2014. 925 p.

4. THE ADVERSARIAL PRINCIPLE (*CONTRA DICERE*)

The essence of the adversarial principle of civil litigation is the existence of two legally opposing parties with conflicting interests in the outcome of the civil process. The plaintiff and the defendant naturally develop procedural activity towards the outcome of the proceedings, which will be favorable for them. Adversarial means above all a discussion of disputed claims and the merits of the case. The party to the dispute should have space for its statements against the presentations of the opposing party. The party has the right to comment on the facts presented by the opposing party and the evidence presented. The adversarial nature is therefore reflected in the implementation of procedural actions, the clarification of the factual situation, the scope of authorizations, and the possible activity of the court in the proceedings. Oral proceedings also ensure the implementation of the principle of adversariality concerning the parties, witnesses, and experts through confrontations, which work effectively in oral proceedings, because they lose their value in written contact. Although, of course, written documents also fulfill this role, even if they do not allow for any direct discussion.

The principle of publicity towards third parties in civil proceedings ensures that court proceedings are open to the public, allowing anyone to attend and observe the proceedings, thus promoting transparency and accountability within the legal system. Conversely, regarding the parties involved, the principle of contradiction emphasizes their right to be heard and to actively participate in the proceedings, including the opportunity to present evidence, cross-examine witnesses, and challenge opposing arguments, thereby ensuring a fair and balanced adjudication process. While publicity ensures the openness of court proceedings to the general public, contradiction guarantees the parties' procedural rights and safeguards their interests within the legal framework.

Considering the principle of publicity, it's paramount to acknowledge the significant role played by the media in disseminating information about court proceedings. Media coverage not only broadens public access to legal matters but also promotes transparency and accountability within the judicial system. Furthermore, the media acts as a vigilant watchdog, uncovering potential injustices or irregularities and thereby bolstering public confidence in the fairness and integrity of the legal process.

5. THE PRINCIPLE OF ECONOMY AND PROCEDURAL ECONOMY

It is related to the saving of time, costs, and effort, which is not necessarily dependent on the oral nature of the process. The principle is connected with what represents the reduction of administrative costs in each specific case, the maximization of the resources with which a certain procedural system is calculated. For example, for some foreclosure proceedings, it is expedient to suppress the oral hearing if the reasons for the foreclosure are exhaustive and undisputed. Saving costs cannot prevent the parties from ensuring that all their rights are effectively exercised and the matter is thoroughly heard. The saving of time is related to the fact that the process should not develop so slowly that it seems immobile, nor so fast that it means giving up the necessary formalities. The principle of discussing the matter without unnecessary delays and procedural speed includes the obligation to “execute procedural acts quickly, not only procedural acts that must be performed by the party but also by everyone involved in the process (including experts, lawyers, interpreters), as well as the judge.” This set of efforts for the timely implementation of the activities related to the process will make this principle tangible²¹.

Although the resources available to the justice system are not always the most optimal, and in this regard, orality can sometimes cause more inconvenience than benefit if not used appropriately. Ultimately, it depends on the limited number of judges, staff, premises, or material that allow the case to be heard orally.

As the saying goes: “slow justice is no justice” or nothing is as unjust as late justice. Excessive delays in proceedings are contrary to the essence of the jurisdictional function, which was established as a constitutional principle - obtaining a decision on the matter within a reasonable time - excessive delay in justice means a violation of the human rights of individuals. The existence of oral proceedings generally forces judges to issue a decision-sentence after the end of the oral hearing. Unlike the written system (where you have to wait a long time for a decision to be made), oral proceedings are faster and more efficient.

However, in the search for speedy justice, the guarantees of due process should not be forgotten, so that there is a threshold to eliminate or reduce procedures that would not guarantee the rights of the parties in court. In applying specific solutions to each case, we must take into account the

²¹ HURTADO REYES, M. *Estudios de derecho procesal civil*. Lima: Editorial Idemsa. 2nd edition, 2014. 925 p.

principles of expediting and maintaining the necessary safeguards so that due process of law can be claimed to exist. In general, the guarantee of due process of law is presented and recognized, which requires that the parties be heard, that is, that they have the opportunity to object and have a reasonable time to present and present their evidence and to defend their claims.

6. THE PRINCIPLE OF THE PUBLIC AND THE PUBLICITY OF THE PROCESS

The principle of publicity is based on the fact that justice and the way it functions are a matter of interest to the whole society and not only to the litigants. It stands in opposition to the secrecy of processes and arbitrariness in previous historical periods. In this sense, the public is a guarantee of transparency to enable a careful view and supervision of citizens on the justice system. This transparency is in itself a value that, on the one hand, suppresses arbitrary or abusive actions and, on the other hand, gives a sense of security to those who are part of the process.

The principle of orality is connected with the principle of the public. Also, like the principle of publicness, it does not refer to the proceedings, but rather to the hearing. Oral proceedings guarantee a more thorough discussion of the matter. During oral presentations, the court as well as the other party have the opportunity to immediately react to what is presented and thus contribute to the dynamism and economy of the process. Personal contact of the court with other persons participating in the proceedings takes precedence over written contact. There is no public without word of mouth.

The written procedure can logically be public concerning the use of modern technologies, even paradoxically more so than the oral procedure. Certainly, if we consider the publication of documents on the Internet. In our opinion, the publicity of the process is no longer limited to people who have access to the hearing or hearing room but is related to the existence of appropriate means of dissemination that allow the general public to become familiar with the proceedings. In this sense, access to the Internet is the most appropriate means of guaranteeing the publicity of the process and the presentation of information²².

²² NIEVA-FENOLL, J. Los problemas de la oralidad. *Justicia: Revista de derecho procesal*. Madrid: Editorial. Bosch, no. 1-2, 2007, p. 101-130.

7. PROPER OCCUPANCY OF THE COURT

Oral proceedings ideally require that the court be occupied from the beginning of the trial until the decision is issued by the same natural persons, which prevents the delegation of powers, which, although useful, can complicate the effective administration of justice if used excessively or incorrectly. By orality, we specify immediacy, that is, personal contact, face to face, between the judge and the parties, without any mediation. The statements of the parties and witnesses and the explanations of the experts take place before the judges, who freely hear. The opportunity for the judge and other subjects in the proceedings to observe who is presenting the statements, his tone of voice, facial expressions, and the opportunity to confront him with questions is a basic tool for discovering the truth.

8. THE PRINCIPLE OF INDEPENDENCE AND IMPARTIALITY

Are oral proceedings related to the independence of the judge, can it guarantee it? For some time now, the ideal image of a utopian character, the “absolute model of impartiality” of a judge has been limited, and we are thinking about the mechanism of the optimal search for a judge “as impartial as possible”. This legally qualified assessor and decision-making subject, which the judge is, regardless of how much he tries to be objective, is always conditioned by the circumstances of the external environment in which he acts, by his subjective feelings, perceptions, perhaps affection, emotions, and ethical-political values.

For this reason, impartiality is not a descriptive expression, but a normative obligation of the judge to maintain an impartial attitude to the interests of the parties in conflict and the facts they presented, as well as to the relevant arguments for the legal classification of the facts that he considers proven.

The independent position of the judge in assessing the facts and the applicable law applicable to them is not guaranteed just because he was able to hear all the approaches of the parties and witnesses in the oral proceedings and directly participate in the evidence presented before him. But it is also justified because he knew all the factual arguments presented by the parties and the evidence to prove them. In this sense, the best position of the judge in the proceedings who decides on the case does not apply only to oral proceedings, but also to those governed by the principle of writing. Two qualities compete before judges: the completeness of knowledge and possibly its immediacy. The first is the required value; the second is rather

an added value depending on whether or not there is an oral procedure. In other words, the oral nature of the proceedings does not in itself guarantee the impartiality of the judge and the proceedings. The only thing that matters is whether the judge has enough evidence to make a decision and how he approaches it, which does not depend on whether the proceedings are oral or written. Sometimes even the judge's judgment can be distorted by emotional influences during oral contact. The oral process requires replacing the observer judge with an intervening judge, which also brings the social dimension of greater interaction of relationships.

IV. PREFERENCE OF ORAL OR WRITTEN PROCEEDINGS?

Orality in civil law matters and its need is undisputed except in cases that are based solely on documentary evidence (executions, bankruptcies) that have special procedures (mental illness, adoption) or require less evidentiary work.

The oral process is understood by modern legal doctrine as the predominance of the word as a means of expression with the use of preparatory and documentary files in civil proceedings. If you look only at the external element of orality and written proceedings, it can be misleading as to the nature of the process, because it is difficult to imagine a written process that does not admit to some degree of orality and an oral process that does not admit of any degree of writing.

When the legislator decides on the predominance of oral or written, it is a fact that there is no pure system. In doing so, he decides not only for these rules but also for the entire series of procedural consequences with which these procedural forms are configured. Currently, we find manifestations of more or less mixed models that collect the most useful elements from both systems. As for orality, without a doubt, its characteristic element is the spoken word, which serves as a means of expression and communication between procedural subjects. However, it is not the only element, as we have stated, we must also analyze other related procedural forms: immediacy, concentration, and publicity of the proceedings.

Of course, this does not mean that written presentations have less weight. On the contrary, in some cases, the written form is more appropriate and required. Every submission to the court must be in writing, nowadays more likely electronic, or must be recorded in the minutes. Both the oral principle (examination of a witness, party to the proceedings, an expert) and the

written principle (document, expert opinion, reports from public administration bodies, legal entities, and natural persons) are applied in the course of evidence. As we can see, there is no doubt that the proceedings conducted according to the principle of orality have their indisputable advantages. However, this does not mean that the document should be deleted from the process. We will quote Mauro Cappelletti, who said: “The problem of orality and writing is often described as a problem of dominance or coordination, not of complete exclusion”²³. Therefore, we currently encounter a combination of both systems in the vast majority of countries.

The principle of orality does not exclude writing. In the process, orality is harmoniously complemented by written proceedings. Modern procedural systems try to combine them, taking advantage of each form. Orality is important in the actual execution of evidence, and assertions; however, writing is useful and more appropriate for the preparation of the justification (lawsuit and response to the claim), everything also depends on the type of process in question. It can be considered a significant distortion of orality in which every action is dictated verbally to the court clerk to be recorded. Such a model is a disguised writing process in which one dictates, not speak, and dictates to be read, not to be heard. For this model, it is not the procedural activity performed at the important hearing, but the act itself, which supports the saying *quod non est in actis non est in mundo*.

Determining the prevalence of the oral or written form must depend on exogenous and internal factors of the justice system; a) the budget that the state grants to the judicial system, which will depend on the number of judges, the necessary infrastructure and resources, b) the complexity of the procedural acts to be performed; and c) the existence of sufficient information that will allow the judge to optimally know the dispute.

Although the paradigm to be followed should be “oral discussion”, the complexity of the matter at hand must be a factor to be considered in deciding between oral and written media facts. For example, in processes of high complexity and complexity, orality must prevail, as this will allow the judge to face the positions of both sides and dialectically define the essence of the dispute. Finally, the arrangement of oral proceedings must take into account the preparation and immediacy with which the judge has to make a decision. The judge can't hear the parties if he is not aware of the case beforehand and prepared, otherwise the hearing will be only a formal act and a ritual.

²³ CAPPELLETTI, M. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas. Europa – América, 1972, 482 p.

The development of civil proceedings is conditioned by the requirement for greater simplicity of procedural actions due to the nature of the issues that are the subject of the proceedings, the need to increase the publicity of the process, simplify the access of the parties, and mitigate the social impacts of the proceedings.

To characterize the process as oral, the evidentiary phase of the process is crucial. Oral is a process in which only oral material presented orally can be evaluated within the framework of a court decision and forms its basis. Also in connection with the taking of evidence, the current trend in many countries is for the means of evidence, even when it comes to witness statements, to be presented as much as possible through a document and subsequently taken orally²⁴. Such a procedure of presenting witness evidence through a written document has the following advantages, above all, the lawyer and the judge can prepare in advance and think about the questions for the testimony.

Of course, there are also **disadvantages of oral proceedings**, where the main argument is that the lack of written documents leads to problematic reproduction of facts in a higher court. The possibility of errors or omissions also increases due to the lack of a written record of the proceedings. Another argument against oral proceedings is the higher costs. But this is not accurate, because it is not a comparison of two different extremes: a bad written system with an ideal oral regime, in which all means and a large number of judges should be available.

It is often criticized that this system is more prone to superficial and hasty or surprising decisions. In addition, they require a large increase in the number of workers in the judiciary. Indeed, the preference for oral proceedings has always brought about the need for more judges, but fewer officials are required, and less bureaucracy, which is a significant advantage.

Among the recognized **advantages of oral proceedings**, we can mention less formalities and administration and faster discussion of the matter, where there is no need to wait for the delivery of documents.

²⁴ For example the International Bar Association (IBA) Rules on Evidence Procedures in Arbitration provide in Articles 2.2 and 4.5 that a witness may give his statement in two procedures. One of them is before presenting the claim, which, if it is written, should be attached to the claim or the answer to it, and the other is when discussing the evidence that is provided orally. - IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, *Adopted by a resolution of the IBA Council 29 May 2010, International Bar Association, London United Kingdom*, available on https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx

Oral proceedings increase the publicity and thus the preventive function of the process, and at the same time represent a certain control of the work of the courts by the public. As activities are focused and concentrated, notifications, subpoenas, and other actions are reduced. Better communication between the parties leads to greater use of conciliation, agreements of the parties, and remedies are applied to a lesser extent. Orality gives the civil process a human dimension, the parties present their presentations most naturally and feel more interested in solving their situation.

It enables a direct relationship between the court and the parties, which leads to the elimination of ambiguities and the possibility to immediately clarify discrepancies. The judge becomes the real protagonist in this process. The principle of immediacy in the practice of evidence, allows the judge to more easily understand who is right in the debate. As they say - Paper lies, without blushing "Das papier lügt, ohne zu eröten." Orality makes it possible to quickly reveal motives and clarify spontaneous attitudes with direct questions.

In oral proceedings, procedural delays are suppressed (most of them are resolved within one hearing), there are fewer remedies, and many more agreements between the parties that preclude further proceedings.

Finally, in this sense, the mere application of the principle of orality does not mean that the process will be faster, more concentrated, and more public as such, but in principle, it will also depend on other factors. Verbalty alone will not ensure a fair trial. Orality, chosen in the wrong form and scope, can harm the civil process, as well as writing. The principle of orality must be considered as one of the means to achieve a fair trial, but not as the only one, nor as the main or most urgent necessity²⁵.

What is the position of the parties in comparison between oral and written proceedings? Oral proceedings require considerable mental maturity, experience, and legal training from judges and lawyers as they have to react immediately. A radical insistence on the written system would probably be a mistake due to the already mentioned shortcomings, therefore it is appropriate to highlight some principles of the oral system, such as immediacy, concentration; but also the division of the process between oral actions and

²⁵ ALCALÁ, Z. and CASTILLO, N. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, México: UNAM, 1992, 615 p.

written actions, because it is more suitable for the correct development of the process and the effective application of justice²⁶.

Orality and procedural concentration are closely related to the role of the judge and, in particular, to the powers he exercises and to the tasks he assumes during the trial. The transcendent purpose of the jurisdictional activity is to ensure justice and to achieve this goal, the judge “must not passively attend the process, at the end give a decision, but must participate in the dispute as a living and active force²⁷”.

The powers and duties that the legal order prescribes and imposes on judges must be exercised to protect not a particular individual interest, but the interest of the entire society that wishes and intends to comply with legal norms. On the other hand, only the duty entrusted to the judge to autonomously search for the substantive truth makes him truly independent of the parties, since his passivity makes the judge an instrument of the parties and separates him from the superior interest he is supposed to protect. The current legislation supports the active intervention of the judge in the process and in clarifying the disputed powers of judges in matters of evidence. This power of judges to direct the process becomes an obligation and the judge must do everything that leads to the best outcome of the process because this is a function that is given by the very nature of public service.

In oral proceedings, the judge has real disciplinary powers in the area of management of the proceedings and instructions, which enable him to maintain order in each of the hearings, to help the parties correctly define the purpose of the trial, to limit the scope of the discussion, to reject inadmissible evidence and to admit that which he considers necessary to dispute resolution; which is hard to imagine in written systems. The judge ceases to be a simple spectator and becomes truly the director and protagonist of the process.

The principle of orality cannot be understood as an oral discussion at a hearing. For Chiovenda, “orality, weakened by the writings that prepare the discussion, on the contrary, guarantees a truly better justice; it makes the judge a participant in the case and allows him to better control it, avoiding the misunderstandings that are so frequent in the written process; it excites

²⁶ RAMIREZ BEJERANO, E. E. *La oralidad en el proceso civil. Necesidad, ventajas y desventajas*, en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, January 2010, available at www.eumed.net/rev/cccss/07/eeerb3.htm

²⁷ CHIOVENDA, J. *Principios de derecho procesal civil*, Madrid: REUS 1925, p.136. available at <https://www.scribd.com/doc/97757461/Giussepe-Chiovenda-Principios-Del-Derecho-Procesal-Civil-Tomo-II>

the spirit of the judge and the lawyer and makes him more clever, faster and sharper²⁸.

The question arises whether the oral discussion is more effective in some conflicts and in which lawsuits would the oral discussion be more appropriate. Of course, there are proceedings that by their nature are suitable for oral proceedings, and in other cases, oral proceedings are not justified and necessary. Above all, in proceedings in which questions of fact prevail (e.g. liability relationships, family conflicts, questions related to ownership) or with a focus on the dispute about how the events occurred (those that would lead to a breach of contract or relate to the employment relationship). Similarly, orality can also be recommended for those family conflicts whose solution is largely left to the discretion of the courts (the mode of contact between parents and children), as well as where oral discussion makes it possible to know the life circumstances of the parties, and even better, their intervention when building a court decision.

However, there are also lawsuits where an oral discussion would not be entirely appropriate. Typically, we might think of conflicts in which questions of law predominate over questions of fact. In this type of judgment, oral proceedings can cause a loss of precision and depth in the discussion of legally sophisticated issues for which reflection on the writing itself is necessary. These are cases in which it is not always possible to assert and provide a counter-assertion “immediately” for the parties and leave the complexity of the assessment for the judge.

Finally, in what legal proceedings is oral argument counterproductive? In addition to the above, it is possible to think of those lawsuits that are classified as “purely legal”, in which there is no “personal” background and which narrow the dispute to a purely legal issue. In addition, and in general, orality is not compatible with enforcement judgments bankruptcy proceedings, and so on. Not all systems can support full system orality. The flexibility and choice of facts to be taken orally can therefore become an extremely important tool.

Depending on the type of conflict being resolved and the degree of its complexity, it seems clear that orality can affect the epistemological quality of the knowledge a judge has acquired. The possibility of categorizing conflicts and the conclusion that some of them are more suitable for oral

²⁸ CHIOVIENDA, G. Ensayos de derecho procesal civil. Vol. II. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires: Bosch y Cía, 1949.

negotiation and others are not is formulated in the broader perspective of conflict theory.

V. ORALITY IN CIVIL PROCEEDINGS OF EUROPEAN COUNTRIES AND BEFORE THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Throughout Europe, we find a mixture of the principle of orality and writing with the predominance of one approach or the other. In any case, orality is the dominant principle of the civil process, that is, at least in the courts of first instance. We present some countries for your interest.

Word of mouth has a strong long-standing tradition in Nordic countries such as Sweden. Today the procedure in the general courts is dominated by the principle of orality, while in the administrative courts, procedure chiefly takes the written form. This being said, the types of communication procedures used in courts today are constantly changing, the reason being, in part, the advent and advancement of new communication tools such as telephone, video and the internet²⁹.

A weakened form of the orality principle is typical for civil proceedings in Greece. A mandatory oral hearing of the case is established for the first-instance proceedings. In principle, the discussion of evidence takes place in front of the entire panel of the court. But the testimony of the witness takes place in front of only one member of the senate, who is designated as the judge-reporter.

It seems that in Estonia, after the last reforms, the principle of orality no longer has such weight. It points to its impracticality and inefficiency because of the current development of communication systems. Rather, the focus is on thorough preparation for the oral hearing, with the preliminary hearing taking a written (or electronic) form. Although the matter is to be heard orally, the parties can always agree to a written procedure themselves. In principle, the court should not hold an oral hearing in the pre-trial phase, although courts do this in practice, but in practice, they prefer that the parties submit their positions in writing. This means that written proceedings prevail over oral proceedings in Estonia.

The principle of orality is criticized in France, and therefore the importance of orality is rather reduced and lawyers in practice use the written

²⁹ BYLANDER, E. The Principle of Orality: A Legal Study of Procedural Communication Forms in Swedish Law, Thesis. 2006, Available at <https://core.ac.uk/display/36305380>

form. Even in oral proceedings, judges tend to prefer written motions to oral ones, which become just a formality and lose weight, but the parties always have the option of oral proceedings. The court is also entitled to end the oral hearing if it considers that it already has enough information to decide the case³⁰. The French system of evidence and procedural law, as outlined in the Code de procédure civile, emphasizes a balance between adversarial and inquisitorial principles, where the judge and the parties have defined roles in the taking of evidence. Since 1976, this balance has become increasingly complex, potentially leading to criticisms regarding the rigidity of the system, especially concerning the predominant reliance on written evidence over oral evidence³¹.

Orality or directness of civil proceedings is not a categorical requirement of the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (*Rome*, 4 November 1950, hereinafter referred to as the Convention). Oral hearing and physical presence in ECtHR jurisprudence under Art. 6 of the Convention are seen rather as part of the right to a fair trial (in addition to the right to effective participation in the proceedings, the public, and the right to publish and publish the decision). In principle, civil proceedings should be oral, only if exceptional circumstances justify writing. The participant has the right to request an oral hearing, but the court can refuse it due to the nature of the dispute and the relevant reasons (*Martinie v. France*, April 12, 2006). In the jurisprudence of the ECtHR, there is no significant difference between situations where only a legal representative was present at the proceedings (*Kremzow v. Austria* 1 September 1993), although these aspects may be relevant for Article 6 para. 3 letters c); and cases that were conducted only by written procedure in the complete absence of the parties (*Axen v. Germany* 8 December 1983). The essence of this right lies in the situations in which Article 6 of the Convention guarantees the applicant the right to personal participation. Attendance presupposes an oral hearing, although not every oral hearing must necessarily be public. If the matter is to be heard before only one instance and if the questions are not “highly technical” or “purely legal”, an oral hearing must be held, and written proceedings will not be satisfactory and sufficient (*Koottummel v. Austria* 10 December 2009).

Not holding an oral hearing is justified only by the existence of exceptional circumstances that justify not ordering an oral hearing. Exceptional-

³⁰ RECHBERGER, W. H. The principle of oral and written presentation. *Dimensions of evidence in european civil procedure, European monographs*, Netherlands: Wolters Kluwer, 2015, p. 71-87.

³¹ OUDIN, M. Evidence in Civil Law – France, Institute for local self-government and public procurement Maribor, 2015, DOI10.4335/978-961-6842-48-8. ISBN 9789616842488, 55 p.

ity is assessed concerning the nature of the issues forming the subject of the proceedings, and not concerning the frequent occurrence of situations (Miller v. Sweden, May 2005 - failure to assess factual but legal issues by the appeals court results in the non-ordering of appeal proceedings being following Article 6 ECHR).

The requirement to be present at the first instance proceedings is close to absolute, although it has been hypothesized that “exceptional circumstances” may justify non-compliance (Allan Jacobsson (n. 2) v. Sweden 19 February 1998). In cases of a minor offense (speeding or other road traffic offenses), if there were no doubts about the credibility of the witnesses, the Court recognized that an oral hearing was not necessary and the proceedings could be in writing (Suhadolc v. Slovenia, 7 May 2011). The non-ordering of an oral hearing at a higher instance can be justified by the special features of the proceedings, provided that the oral hearing took place at the first instance (Helmert v. Sweden, 29/10/1991.) The physical presence of the parties is required:

- a) if it is necessary to obtain evidence from them if they are witnesses of events important for the given case (Kovalev v. Russia 10 May 2007);
- b) if it allows the court to assess the party’s personality, abilities, etc. (Shtukurov v. Russia 7 March 2008).

While Article 6 of the Convention does not guarantee a right of appeal in civil or criminal matters, it applies to appeal proceedings through a non-autonomous rule - ie if the right to appeal is guaranteed under national law; if the presence of the claimant before the court of appeal is required, which depends on the nature of the proceedings and the position of the court of appeal (Ekbatani and b.), which is at stake for the applicant (Kremzow v. Austria 1 September 1993).

In contrast, written appeal procedures are generally accepted as compatible with Article 6 of the Convention. An oral hearing is not required on appeal if:

- a) no questions arise regarding the credibility of the witnesses,
- b) facts that are not disputed, a
- c) the participants in the proceedings have adequate opportunities to present their cases in writing and have the opportunity to defend themselves against the evidence.

At the same time, it belongs to the ECtHR to determine whether the proceedings before the Court of Appeal were really “highly technical” or “purely legal” (*Schlumpf v. Switzerland* 8 January 2009; *Equal Coll v. Spain*). The jurisprudence establishes the requirement that the party is present at least at one level of the court proceedings, ie the instance (*Göç v. Turkey* 1 July 2002).

Presence before the Court of Appeal will be required if it deals with questions of fact and law and if the court has full power to overturn or modify the decision of the lower court (*Ekbatani* 6 May 19884). Presence before the Court of Appeal will also be required if the applicant risks serious harm to his situation in the appeal proceedings, even if the Court of Appeal deals only with questions of law (*Kremzow*), or if, for example, an assessment of the applicant’s character or state of health is directly relevant to the formulation of the legal opinion of the Court of Appeal (*Salomonsson v. Sweden* 2 November 2002).

Physical presence is also required when the appellate court changes the court’s acquittal and re-evaluates the evidence, especially if the defendant himself is an important source of factual evidence (*García Hernández v. Spain* 6 November 2010).

The court of first instance was held without the presence of the plaintiff, which can be remedied at the appellate level only if the appellate court is authorized to assess questions of law and fact and to fully review the decision of the lower court (*Diennet v. France* 6 September 1995).

A person may waive the right to be present at the proceedings, but this waiver must be made unquestionably and there must be minimum guarantees commensurate with its importance (*Poitrimol v. France* 3 November 1993).

However, the right to be present does not mean the authorities are obliged to hear the applicants orally at the hearing if they do not show sufficient effort and interest to participate in the proceedings (*Nunes Dias v. Portugal*, 10 April 2003.). Authorities are required to inform applicants of future hearings; However, Article 6 does not guarantee the parties to the dispute an automatic right to a special form of delivery of court documents, such as delivery by electronic mail (*Bogonos v. Russia*, February 2004.)

Trials in absentia are only allowed if: a) the authorities have made every effort to track down the accused and inform them of the upcoming hearings, and b) the defendants have a guaranteed right to a full retrial in the event of

the rediscovery of these persons (*Colozza v. Italy* 2 February 1995; *Krombach v. France* 3 February 2001)³².

As we can observe from the decisions of the ECtHR, even here the oral discussion of the matter and the direct presence of the parties at the proceedings is not perceived as absolute. The absence of an oral hearing does not contradict Article 6 para. 1 of the European Convention. Jurisprudence has established certain rules from the point of view of which exceptions to the oral hearing of the case are compatible with the right to a fair trial. The judicial body of the Council of Europe admits that proceedings in absentia are tolerated mainly in appeal proceedings, in cases where only the legal circumstances of the case or technical aspects are discussed. In the same way, if the party does not use the opportunity to participate directly in the proceedings and does not show interest in its course, proceedings without his presence and oral hearing cannot be considered a violation of his rights.

The dynamics of today's world are influenced by migration, population mobility, and globalization, which naturally lead to an increase in the number of so-called transnational civil processes, where the parties are also located in different places.

The significant increase in international trade led to proposals for harmonization or approximation of legislation, i.e. efforts to reduce the differences between each state's regulations to apply similar or even the same rules.

Slovak courts have generally interpreted the European Court of Human Rights (ECtHR) jurisprudence regarding the right to a fair trial, particularly Article 6 of the European Convention on Human Rights, with attention to the principle of orality. While the ECtHR emphasizes the importance of oral hearings as part of a fair trial, Slovak courts have adopted a pragmatic approach, considering factors such as the nature of the dispute and the parties' participation. They have recognized that exceptions to oral hearings, particularly in appeal proceedings and cases involving technical aspects, can be compatible with the right to a fair trial, aligning with the ECtHR's jurisprudence. However, the courts also ensure that parties are adequately informed and have the opportunity to participate, maintaining fairness and due process in civil proceedings.

With such an intention, the American Law Institute ALI (1923, Philadelphia) and the International Institute for the Unification of Private Law

³² VITKAUSKAS, D. and DIKOV G. Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights, *Council of Europe human rights handbooks*. Strasbourg: Cedex, 2012, p.115, p. 55 and following, Available at <https://rm.coe.int/168007ff57>

- UNIDROIT (1926, Rome) developed a set of principles and rules of transnational civil procedure (Transnational Principles of Civil Procedure 2004) intending to serve as general guidelines for jurisdictions dealing with civil or commercial disputes. ELI European Law Institute joined this initiative in 2013. The stated principles try to use the common starting point existing between continental law or civil law on the one hand and Anglo-American law or common law on the other so that the differences between the two legal systems do not stand as an insurmountable obstacle in the resolution of conflicts.

Principle no. 9, which refers to the structure of the process, assumes the division of the process into three phases. First, the initial stage, in which the claim and the response to the claim are submitted in writing and the main means of evidence are determined. Second, an intermediate step to order proceedings and establish a timetable to be followed, deal with procedural issues, and present evidence. At this stage, the court may, if it deems it necessary, order a hearing which would be like a preliminary hearing. The third and final phase, in which the concentrated evidentiary proceedings will take place.

However, Principle No. 19, which refers to the method of presenting evidence, could appear to be a step against the oral form by allowing witnesses to give written statements. Witness statements are traditionally taken orally. In modern practice, however, there is a tendency to replace the testimony with a written statement, which also reflects the aforementioned provision. Principle 19 allows flexibility in this regard. He considers that statements may be submitted initially in writing, while oral proceedings must subsequently begin after additional questioning by the court and opposing parties.

This provision is not an obstacle to direct questioning, as it is only a preparation for oral statements. Interestingly, efforts to exploit the similarities between Roman and common law suggest an oral model. This proves that there is also an international consensus on the suitability of an oral public process for achieving better results in dispute resolution³³.

Another important aspect of the electronization of the process, both from the point of view of the search for the real truth and also from the point of view of process dexterity, refers to the radicalization of orality in the pro-

³³ Transnational principles of civil procedure, available e.g. on the UNIDROT website <https://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure>

cess³⁴. In the electronic process, orality can be completely preserved and one can talk about radicalization since all presentations can be recorded in their entirety.

More than simple orality, we can think about a certain hyperreality of process actions, which is created and simulated by image and sound data. It should be remembered that orality has always been highly valued because it has the capacity and potential to search for real truth (in contrast to the perception of fact that characterizes a statement - paper can bear anything) but also in terms of the flexibility that concentration provides to actions. If the oral principle can support and complement written proceedings so well, then what about its potential, which brings an immediate electronic discussion of the matter?

Recently, we have had the opportunity to record and shape reality with technical means. The written process has always been limited by the medium, as a carrier, and represents rather a static reality, while modern technical means mean a virtual reality. Rebirth of the principle of orality in the 19th century aimed to reveal the truth in the process, which the process in the written mode of operation began to move away from. Also, the goal of the new perception of the process was to find and restore the lost flexibility of action. It is also necessary to perceive the fact that in electronic proceedings it is possible to limit, although of course not exclude, the representation of persons (rather, those where the representation is chosen due to reluctance to participate in the proceedings, and there is no necessity for legal representation in the case of capacity limitation). Technologies can replace even a witness through a recording.

It can be said that orality was represented by a set - real truth - representation - speed (flexibility) of action and what I am aiming for today through technology is characterized by terms - online or on the network. Finally, the electronic reality enhanced by the principle of orality is not only important from the point of view of the hearing, but also in legal hermeneutics. The judge would actually make a decision orally in a direct and interactive way, he can immediately correct any errors and irregularities in the procedure. In this light, the concept of assertion and counter-assertion takes on a different dimension if we think of it as an immediate reaction.

³⁴ RESENDE CHAVES J., JOSDÉ, E. Electronic technology and civil procedure: New paths to justice from around. Proceedings on the web, Editors: Miklós Kengyel, Zoltán Nemessányi, New York: Springer, 2012, p. 131.

Currently, the key issues are digitization. The European Union has adopted the current Regulation (EU) 2023/2844 of the European Parliament and of the Council of 13 December 2023 on the digitalisation of judicial cooperation and access to justice in cross-border civil, commercial and criminal matters, and amending certain acts in the field of judicial cooperation. Certainly, the dogma or paradigm of digitization cannot be advocated as a magic formula to solve all the problems that our justice system suffers from. It is possible to introduce useful technical tools to improve the processing of procedures and access to justice, but we must remember the basic principles such as the immediacy and publicity of proceedings, so we cannot be advocates of digitization that includes all procedural acts. Defended procedural efficiency can paradoxically have an undesirable effect on the threat of effective jurisdictional protection of rights, making access to the process more difficult, and suppressing of procedural acts. It must be required in all cases to do so by means that allow authentic and effective judicial protection. New technologies in the administration of justice, despite contributing to transparency and closeness to citizens, among other benefits, will lead to the necessary adjustment of certain guarantees and procedural principles³⁵. So far, the direction suggests that digitalization will favor formulaic written processes. But digital video conferences, on the other hand, contribute to the development of orality. The meaning of oral proceedings will certainly remain preserved and will have an irreplaceable meaning.

VI. CONCLUSION

The principle of orality seen from the perspective of modern history was the result of the reform process. It was a strong voice of philosophers, scholars, and legal practitioners who sought to replace the dominant written procedure of *ius commune* with modern systems based on publicity, direct assessment of evidence, and direct oral communication between the court and the litigants. Thus, from a historical point of view, the procedural nature of orality was created as a reaction to a written system based on formalities, which caused delays in proceedings and created a distance between the parties and the judge. Thus, the oral system is designed as a correction of the imperfections presented by the written system, as it tries to prioritize the immediacy and concentration of the process. In the equilibrium of these ele-

³⁵ KACZMAREK-TEMPLIN, B. 2023. Digitalization of Civil Proceedings in the Light of Openness, Equality and Immediacy in the Polish Legal System. *European Journal of Economics, Law and Politics*. European Scientific Institute, ESI. <https://doi.org/10.19044/elj.v9no4a8>.

ments, therefore, the oral system seeks something that does not exist in the written system: the judge's direct contact with the parties and the evidence.

These efforts ended with the predominance of the principle of oral proceedings in most European countries. However, it should be noted that in recent years, in many countries, the intention to move closer to written civil proceedings has reappeared. The broad approach to the principle of orality in the past, which even attributed ideological significance to it, seems to have been overcome. Today, we can afford to soberly look at one of the two alternative forms of process communication, each of which serves to improve the quality of the process in its way. As we have seen, the application of the principle of orality in the civil process has obvious advantages, it is appropriate to point out that, in principle, it must be applied in the stages and activities in which it is effective; without this implying the exclusion of writing from the process as a helpful, necessary, sometimes even necessary means.

No one disputes that due process depends, at least in part, on files that have the advantage of permanence, ease of verification, and review, and no one disputes their importance. The principle of orality is a widely applicable concept whose usefulness in proceedings has a large scope. The oral course of evidence is far from exhausting the potential of this principle. It is necessary to take into account the purpose and impact on other governing principles of civil procedure. Oral or written are the two external forms that procedural acts can take. We are talking about forms because a process is primarily a form that points to the external aspect of process actions and process activity as a whole. As a result, the principles of orality and writing could be defined as the principle that a decision should be based only on procedural materials provided orally or in writing.

Currently, however, there is no complete oral or written process, so it is necessary to look for an element that makes it possible to determine when the process is inspired by the principle of orality - or writing. We have mentioned the advantages and disadvantages of both approaches and it can be concluded that the ideal is a combination of both to provide the best possible legal protection, respecting the suitability of writing and speaking for specific types of proceedings and specific procedural actions.

As we found out when following the conclusions of the research, it is possible to identify two different dimensions of orality:

- a) on the one hand, it is a means and technique of receiving and presenting evidence in legal proceedings;

b) orality acts as a means of communication between the court, the parties, and their lawyers in connection with the legal proceedings and thus also the form of their procedural acts

While these functions overlap in some respects, it is useful to distinguish them for analytical purposes because they serve different purposes and are emphasized to varying degrees in legal orders.

Incorporating the orality in the civil process is relatively simple from a legislative point of view. However, if its real implantation in the judicial system is required, because it is understood as an element of the quality of the judiciary, characterized by direct contact between the judge and the parties, it is essential that there are minimum objective conditions that must be met. However, there must be the necessary number of judges to make such proceedings possible and efficient, because conducting oral proceedings requires time to properly devote to the study of cases in all those proceedings in which there is direct contact between the judge and the parties. And finally, it is necessary to introduce mechanisms of control and sanctions that will make it possible to deter violations of the principle of orality, such as the recording of oral hearings or the invalidity of proceedings when the principle of orality is violated. In legal doctrine, it is customary to consider an oral process a situation where the spoken word predominates as a means of expression, although it can be mitigated by the use of documentation.

In conclusion, it should be noted that the definition of the term oral proceedings is not entirely simple and unambiguous. It is a very deceptive matter. Not every proceeding that takes place orally and there is oral communication can be described as an oral proceeding with the principle of orality, and this can be misleading. When we talk about orality, we do not mean exclusively oral action. It also does not exist nowadays and is only an illusion. If we talk about orality today, we rather mean an action mixed with the predominance of orality over written form.

To determine whether it is an oral or written action, we cannot only note the amount and number of oral and written actions established in the relevant procedural norm, but also the role that each communication mechanism globally plays in this process. And the fact that oral actions are included in the process does not mean that the process is oral. Just as if there are actions in written form, it does not have to be a written process. To create a certain comprehensive view, it can be argued that it is an oral process under the condition that there is at least one stage of the process in which the court is in direct contact with the parties and other persons participating

in the process with the possibility of a real confrontation of their views. The judge who will make the decision is the same as the one who was present at the oral hearing, and the proceedings should be concentrated as much as possible so that the oral actions can be presented at once. If the facts were presented in writing, there should be an opportunity to comment on them orally, and oral statements must have the same weight as written ones, and the court decision itself must be based on oral statements.

Orality is therefore more than the bare presence of the parties before the court in one place on the same day. One could talk about orality in a narrower sense - it represents only the use of the spoken word in an action concerning a procedural act and its form, and orality in a broader sense - which is already a more complex term, including the direct application of other subsequent procedural principles of immediacy, concentration, to the public.

In summary, the above definitions emphasize that orality is a means to obtain certain ends rather than a procedural system. This approach inevitably makes orality an additional element or attribute of the current procedural system. It can be defined as a process structure in which the acts of the process are carried out orally in front of the court and there is room for oral statements. Wording no. 12 of the Code of Civil Procedure reflects this traditional principle, which, however, is broken in several places in the modern concept of the civil process. Let's mention for all only abbreviated forms of proceedings or a decision on the fulfillment of procedural conditions for filing a remedy.

We cannot close our eyes to the shift, which is noticeable here, towards written proceedings, which also dominate European judicial institutions. In all spheres of life, there is a trend to save time and a rapid sequence of events, supplemented by the rapid development of modern technologies, which will lead to the use of forms aimed at the rapid provision of justice, where even oral contact with the court will be enabled by technology, otherwise, it would not correspond with current reality.

VII. REFERENCES

- ALCALÁ, Z. and CASTILLO, N. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)* México: UNAM, 1992, 615p.
- AVENDAÑO, V. and JUAN L. Declaración testimonial escrita. *La prueba en el proceso civil. Libro de ponencias del VIII. Seminario internacional de derecho procesal: Proceso y constitución.* Lima: Palestra, 2018, 514p.

- BAYTELMAN, A. and DUCE, M. *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, Madrid: Dykinson, 2007, 434p.
- BRTKO, R. Evidence and evidence in roman civil procedure. *Police theory and practice*. vol. 18, no. 3, 2010, p.32-38.
- BYLANDER, E. The Principle of Orality: A Legal Study of Procedural Communication Forms in Swedish Law, Thesis. 2006, Available at <https://core.ac.uk/display/36305380>
- CAPPELLETTI, M. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas. Europa – América, 1972, 482p.
- CHIOVENDA, J. *Principios de derecho procesal civil*, Madrid: REUS 1925, p.136. available at <https://www.scribd.com/doc/97757461/Giussepe-Chiovenda-Principios-Del-Derecho-Procesal-Civil-Tomo-II>
- CHIOVIENDA, G. Ensayos de derecho procesal civil. Vol. II. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires: Bosch y Cía, 1949.
- CIPRIANI, F. *Batallas por la justicia civil, trad.* Eugenia Ariano Deho, Lima: Cultural Cuzco, 2003, 552p.
- EMMETT, A. R. *Towards the civil law?: The loss of 'orality' in civil litigation in Australia* [2003] *UNSWLawJl* 36; (2003) 26(2) *UNSW Law Journal* 447.
- FICOVÁ, S., ŠTEVČEK, M. et al.: *Civil procedure. Part I. Comment.* 2. Edition. Prague: C.H.Beck, 2012, 2288p.
- HARVÁNEK, J. Principles in law. In: MACHALOVÁ, T. (eds.). *Current issues of methodology of legal thinking*. Prague: Leges, 2014, p.119-146.
- HERRERA, M., DIEGO A., and JAIME A. C. M. *La oralidad en el proceso civil: Realidad, perspectivas y propuesta frente al rol del juez en el marco del Código general del proceso*. Universidad del Rosario, 2018. <https://doi.org/10.12804/lj9789587840384>.
- HOLLÄNDER, P. *Philosophy of law*. 1st edition. Pilsen: Aleš Čeněk, 2006, 30p.
- HOMBURGER, A. *Functions of orality in austrian and american civil procedure*, 20Buff. L. Rev. 9 (1970). Available online at: <https://digitalcommons.law.buffalo.edu/buffalolawreview/vol20/iss1/6>
- HURTADO REYES, M. *Estudios de derecho procesal civil*. Lima: Editorial Idemsa. 2nd edition, 2014. 925p.
- JOLOWICZ, J. A. *On civil procedure*, New York: Cambridge University Press, 2000, p.425. <https://doi.org/10.1017/cbo978051154954>
- KACZMAREK-TEMPLIN, B. Digitalization of civil proceedings in the light of openness, equality and immediacy in the Polish legal system. *European Journal of Economics, Law and Politics*. European Scientific Institute, 2023, ESI. <https://doi.org/10.19044/elv.v9no4a8>.
- KUBEŠ, V. Natural legal principles and “good morals” in the general civil code. In: Krčmář, J. (ed.): *Randa's jubilee memorial. To the centenary of the birth of Antonín Randa*. Prague: Faculty of Law of the Charles University, 1934, p.395-423.

- LEVRINC, M. The principle of autonomy of the will in procedural relations with an international element. In: *Collection from II. of the international scientific conference BANSKOBYSŤRICKÉ DNI PRÁVA on the topic Quality of the normative and application side of legality as a determinant of the rule of law*, 23. – November 24, 2016, Víglaš Castle. 2017, p.253-261.
- MALENOVSKÝ, J. Renewal of proceedings before the Constitutional Court as a result of the judgment of the European Court of Human Rights. In: *Lawyer*, 2001, no. 12, p.1241-1257.
- MAZÁK, J. et al. *Fundamentals of civil procedural law*. Third edition. Bratislava: IURA EDITION, 2007, 809p.
- MEROI, A. Oralidad y proceso civil. *Revista de la Universidad de Medellín*, Vol. 3, Num. 1 2009, p.27-48. available at https://www.academia.edu/33176039/ORALIDAD_Y_PROCESO_CIVIL
- NIEVA-FENOLL, J. Los problemas de la oralidad. *Justicia: Revista de derecho procesal*. Madrid: Editorial. Bosch, no. 1-2, 2007, p.101-130.
- ODIN, M. Evidence in Civil Law – France, Institute for local self-government and public procurement Maribor, 2015, DOI10.4335/978-961-6842-48-8. ISBN 9789616842488,55p.
- PRIORI POSADA, G. “Del fracaso del proceso por audiencias a la necesidad de regular una autentica oralidad en el proceso civil Peruano”, *Themis Revista del derecho*, no. 58, 2010, p.123-143.
- RAMIREZ BEJERANO, E. E. *La Oralidad en el Proceso Civil. Necesidad, ventajas y desventajas, en Contribuciones a las Ciencias Sociales*, January 2010, available at www.eumed.net/rev/cccss/07/eerb3.htm
- REBRO, K. and BLAHO, P. *Roman law*. Bratislava: Obzor, 1991, 448p.
- RECHBERGER, W. H. The principle of oral and written presentation. *Dimensions of Evidence in European Civil Procedure, European monographs*, Netherlands: Wolters Kluwer, 2015, p.71-87.
- RESENDE CHAVES J., JOSDÉ, E. *Electronic technology and civil procedure: new paths to justice from around*. Proceedings on the web, Editors: Miklós Kengyel, Zoltán Nemessányi, New York: Springer, 2012, p.131
- RIBEIRO, L. *La comunicación eficaz*. Barcelona: Urano, 1996, 256p.
- ROBERTS, P. *Roberts and Zuckerman's Criminal Evidence*. 3rd edition Oxford: OUP. 521-522p.
- SHELLHAMMER, K. *Zivilprozess*. Heidelberg: CF Müller, 2007, 1018p.
- ŠEVCOVÁ, K. Position of mediation in our legal order. *Notitiae Novae Facultatis Iuridicae Universitas Matthiae Belii Neosolii*. Vol. 17, 2012, p.299-309.
- SOMBATI, J. Development of civil procedural law in the years 1848-1993 *Legal history of Slovakia, Study program Economics and Law*, available at. https://www.flaw.uniba.sk/fileadmin/praf/Pracoviska/Katedry/KPDPK/Prezentacie_PDS_Ekonomia/PDS_Ekonomia_ObcanProces48.93_2016.2017.pdf

- STAVINHOVÁ, J. and HLAVSA, P. *Civil process and organization of the judiciary*. Brno: Masaryk University, 2003, 660p.
- ŠTEVČEK, M. et al. *Civil dispute procedure, Commentary*. Prague: C.H.Beck, 2016, 1544p.
- SVÁK, J. Judicial power and the power of judges in Slovakia. *Legal overview*. no. 1, 2006, p.5
- TELEC, I.: Legal principles and some other things. *Pravník*, no. 6, 2002, p.621-663.
- Van CAENEGEM, R. C. Judges, legislators and professors: chapters in *European legal history*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, 216p.
- VEČEŘA, M. The nature and sources of legal principles, *Principles in Law, Proceedings of the International Scientific Conference*, Pan-European University, Faculty of Law, 14 May 2015, Bratislava: SAP p.45-53.
- VITKAUSKAS, D. and DIKOV G. Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights, *Council of Europe human rights handbooks*. Strasbourg: Cedex, 2012, p.115, p. 55 and following Available at <https://rm.coe.int/168007ff57>
- VNUKOVÁ, J. 2015. Evidence in Civil Law - Slovakia. *Institute for Local Self-Government and Public Procurement Maribor*. <https://doi.org/10.4335/978-961-6842-57-0>.
- VOKÁLOVÁ, D., MITTERPACHOVÁ, J. et al. *Civil court proceedings in a new way. Comparison of existing and new legal regulation of civil court proceedings with interpretation*. Bratislava: WOLTERS KLUWER, 2016, 260p.
- WINTEROVA, A. et al. *Civil procedural law*. 5th updated edition. Prague: Linde, 2008, 736p.
- ZOULÍK, F. *Courts and judiciary*. Prague: C.H.Beck, 1995, 263p.
- IURISPRUDENCE:
Resolution of the National Assembly of the Slovak Republic, File Reference 7Cdo305/2015

European Court of Human Rights case law:

- Martinie v. France, April 12, 2006; Kremzow v. Austria 1 September 1993.
- Axen v. Germany 8 December 1983; Koottummel v. Austria 10 December 2009; Miller v. Sweden, May 2005; Allan Jacobsson (n. 2) v. Sweden 19 February 1998; Suhadolc v. Slovenia, 7 May 2011; Helters v. Sweden, 29/10/1991; Kovalev v. Russia 10 May 2007; Shtukurov v. Russia 7 March 2008; Schlumpf v. Switzerland 8 January 2009; Equal Coll v. Spain; Göç v. Turkey 1 July 2002; Ekbatani 6 May 19884; Salomonsson v. Sweden 2 November 2002; García Hernández v. Spain 6 November 2010; Diennet v. France 6 September 1995; Poitrimol v. France 3 November 1993; Nunes Dias v. Portugal, 10 April 2003; Bogonos v. Russia, February 2004.



Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para
mejorar el día a día
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo
de **soluciones jurídicas**

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

prime.tirant.com/es/

Suspensión de la ejecución de la pena cuando al condenado le sobreviene una discapacidad o trastorno mental grave (CP, Lecrim y anteproyecto de 2020)

José Antonio Tomé García

El procedimiento ante el juez de vigilancia penitenciaria

Florencio De Marcos Madruga

Sucesión de normas penales y revisión de sentencias. Superando los desafíos planteados por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre de garantía integral de la libertad sexual

Paula Sánchez Tamargo

La comunicación dentro del proceso judicial: realidad y necesidades

Anna Fiodorova

Especialización judicial y acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad

José Caro Catalán

The principle of orality as a mechanism and guarantee of transparency and legitimacy of judicial decision-making

Katarína Zajác Ševcová
