

PROCESO PENAL Y PROCESO SOCIAL (A PROPÓSITO DEL CASO “LA MANADA”)

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA *

I. PRESENTACIÓN: EL PROCESO PENAL Y EL FÚTBOL

En su conocido libro *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena*¹, el profesor Winfried Hassemer explica que “con el Derecho penal pasa un poco como con el fútbol. Para muchos de nosotros, aunque apenas reflexionemos sobre ello, ambas cosas pertenecen a nuestra vida cotidiana. Casi todos tenemos una cierta idea de qué van, cuáles son sus reglas y qué es lo que importa... Tanto cuando se trata de fútbol, como cuando se trata del castigo, la mayoría tenemos una firme opinión sobre qué es lo que debe ser penalizado, sea por el árbitro del partido, sea por el

juez de un proceso... Tanto en el fútbol, como en el Derecho penal, nos mostramos inclinados a emitir juicios rápidos y contundentes, y a menudo nuestros sentimientos son fuertes y claros...”².

Ni el texto de Hassemer ni, por supuesto, estas líneas pretenden frivolar o banalizar los tremendos episodios personales, familiares y sociales a los que en no pocas ocasiones se acaba aplicando el Derecho penal; tampoco se trata de sobrevalorar la importancia, por otra parte bien conocida, que tienen los deportes de masas, y el fútbol en particular, en la sociedad globalizada del siglo XXI. Si en esta presentación se alude al Derecho penal y al fútbol es porque, como bien explica Hassemer, ambos fenómenos “han conseguido un gran éxito: los partidos de fútbol han dado lugar al poder de la televisión y las crónicas judiciales se han convertido en un medio configurador de la opinión pública”; además en

los dos casos se produce una mezcla de conocimiento experto y de emotividad y ello puede suponer, “tanto para el árbitro de fútbol, como para el juez penal, una carga, incluso muy pesada”³.

El libro de Hassemer se publicó en 2009 y este excelente jurista murió el 9 de enero de 2014. Menciono estos dos datos para destacar que entonces no habían alcanzado la dimensión que tienen en la actualidad las redes sociales si bien ya evidenciaban su enorme relevancia como instrumento de comunicación, de información, de debate y, obviamente, de distorsión de la realidad; también de la “realidad procesal penal”.

Por lo que respecta al fútbol, es mucho más reciente la aplicación en el mejor escenario posible -la Copa del Mundo celebrada en Rusia del 15 de junio al 15 de julio de 2018- del VAR (*video assistant referee*), dispositivo aprobado por

* Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Oviedo; acreditado como catedrático.

¹ Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; traducción de MANUEL CANCIO MELIÁ y FRANCISCO MUÑOZ CONDE; *Warum Strafe sein muss: Ein Plädoyer* en versión original, Ullstein Verlag, 2009. En este texto las citas se refieren siempre a la edición española.

² *Ob. cit.*, págs. 17 y 18.

³ *Ob. cit.*, págs. 18 y 19.



la FIFA en 2016 y que pretende atajar los errores humanos que pueden condicionar el resultado de un partido de fútbol. No se aspira a evitar todas las equivocaciones posibles sino, al menos de momento, a solventar las que se pueden producir en cuatro concretas acciones: goles, penaltis, expulsiones directas y confusión en la identidad de jugadores amonestados. A la espera de análisis más especializados y profundos, parece indiscutible que esta tecnología contribuye a que el resultado sea “más justo”, incluso a que el enjuiciamiento de ciertos lances, como el fuera de juego, sea poco menos que perfecto⁴.

En el ámbito judicial español también se emplean herramientas audiovisuales,

⁴ En los 64 partidos del campeonato se visionaron 455 jugadas (7,1 por partido) y se hicieron 20 revisiones de VAR, incluida la jugada del penalti pitado en contra de Croacia en el partido de la final. <https://es.fifa.com/worldcup/news/arbitraje-y-var-en-rusia-2018tm-la-nueva-era-del-futbol> (a 14 de agosto de 2018).

tanto en forma de pruebas (grabaciones telefónicas, de videocámaras,...), como para facilitar la revisión de los juicios en los casos en los que se presenten recursos⁵. Podría, pues, pensarse que en un futuro próximo se reducirán también los errores en el ámbito judicial o, cuando menos, será más fácil detectarlos y, en su caso, corregirlos.

⁵ Así, por ejemplo, el artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dice que “Los Juzgados y Tribunales y las Fiscalías están obligados a utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, puestos a su disposición para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones,...”; el artículo 147 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que “Las actuaciones orales en vistas, audiencias y comparencias celebradas ante los jueces o magistrados o, en su caso, ante los letrados de la Administración de Justicia, se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen y no podrán transcribirse...” y el artículo 743 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé que “El desarrollo de las sesiones del juicio oral se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen. El Secretario judicial deberá custodiar el documento electrónico que sirva de soporte a la grabación...”

Pero no parece que, ni siquiera con toda esta tecnología, vaya a desaparecer del todo la polémica ni en el mundo del fútbol ni, por supuesto, en el muchísimo más complejo ámbito de los procesos penales. Entre los diferentes motivos cabe señalar, en el primer caso, la dificultad que plantea dilucidar si ha habido intencionalidad, o no, en una determinada acción o lance del juego; en el segundo, además de la obvia ausencia de grabaciones orales o visuales en la gran mayoría de los casos, cabe apuntar, a modo de meros ejemplos, la difícilmente evitable “imprecisión” que acompaña la redacción de un buen número de normas y que plantea, por tanto, la necesidad de interpretar su alcance y si una determinada acción se corresponde con lo allí descrito⁶; incluso si la norma está escrita con gran rigor y precisión

⁶ En palabras de HASSEMER, “la ley, y sobre todo la ley penal, es como nuestro idioma, y nuestro idioma es como nuestro mundo: vivo, ambiguo y abierto”; *ob. cit.*, pág. 114.

habrá que valorar si “realmente” nos encontramos ante un hecho “típico”; si, en su caso, existe alguna causa de exclusión o atenuación de la responsabilidad...

Esta larga presentación viene a cuento porque el asunto al que aquí nos vamos a referir –la condena en primera instancia a los cinco integrantes del grupo conocido como “la manada” por un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento cometido una de las noches de las fiestas de San Fermín del año 2016– ha generado desde el día que se hizo pública la sentencia, el 26 de abril de 2018, el, probablemente, mayor debate jurídico y social de la historia judicial española. Y es que, en la línea de las palabras anteriormente citadas de Hassemer, nos encontramos con un caso que, por la difusión que tuvo en todos los medios de comunicación desde el primer momento y, en especial, por la gravedad de los hechos y las circunstancias en las que sucedieron, sumado al actual contexto social de creciente rechazo explícito a las agresiones contra las mujeres, pertenece casi a nuestra vida cotidiana; muchas personas, expertas en Derecho o legas totales, tenían, antes incluso del juicio, una firme opinión sobre si los hechos debían ser penalizados y, en su caso, en qué medida y al conocer el fallo de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra casi todos “nos mostramos inclinados a emitir juicios rápidos y contundentes” impregnados a menudo de “sentimientos fuertes y claros”.

En las páginas siguientes no pretendo hacer un análisis de esta sentencia pero sí la tendré como punto de referencia para esbozar dos comentarios más generales y que me parece pueden tener alguna relevancia más allá de este caso concreto: en primer lugar, la cuestión de la legitimidad del ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente en los procesos penales, cuando se pronuncia un fallo que provoca un enorme rechazo social y, en segundo término, la carga que suponen para los órganos judiciales que deben dictar una sentencia en un determinado asunto las opiniones, expertas y/o emotivas, vertidas en los medios de comunicación convencionales y en las redes sociales y, relacionado con ello, el nivel de crítica que cabe ejercer sobre una resolución judicial de la que se discrepa⁷.

II. LA LEGITIMIDAD DE LAS SENTENCIAS CONSIDERADAS SOCIALMENTE “INCORRECTAS”

Entre las numerosas críticas que suscitó el fallo de la Audiencia Provincial de Navarra hubo una cierta coincidencia, aun-

⁷ Al respecto pueden leerse las contribuciones de MANUEL ATIENZA –“A propósito del caso de La manada”– y JOSÉ LUIS RAMÍREZ ORTIZ –“Sociedad en red, igualdad, proceso y derecho penal. La sentencia de La manada”– en *Jueces para la democracia. Información y debate*, nº 92, julio 2018, págs. 5 y sigs. y 11 y sigs., respectivamente.

que se expresara de modos diferentes, en calificarlo de “incorrecto”, cuando no de “injusto”; de hecho, una de las frases más usadas en los carteles que se mostraron de manera reiterada en las manifestaciones de protesta decía, textualmente, “¡No es abuso, es violación!”.

Esta crítica no carece, ni mucho menos, de fundamento jurídico y en ella han incidido varios penalistas. Yo, sin serlo, me atrevo a comentar que la propia sentencia podría abonar esa objeción dado que después de describir los hechos considerados probados en unos términos que parecen implicar la existencia de “intimidación” y, por tanto, de agresión sexual, finalmente se concluye que no hubo tal cosa sino una situación de prevalimiento y, en consecuencia, el delito cometido fue el de abuso sexual⁸.

⁸ Creo que no resulta superfluo recordar la dicción de los preceptos penales “en disputa” en este caso: dispone el artículo 178 CP que “el que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años”; por su parte, el artículo 179 dice que “cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años” y el artículo 180 “1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cinco a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: 1.ª Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. 2.ª Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas. 3.ª Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183. 4.ª Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima. 5.ª Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas. 2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior”. Por lo que respecta a los abusos sexuales, el artículo 181 dispone “1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses. 2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural

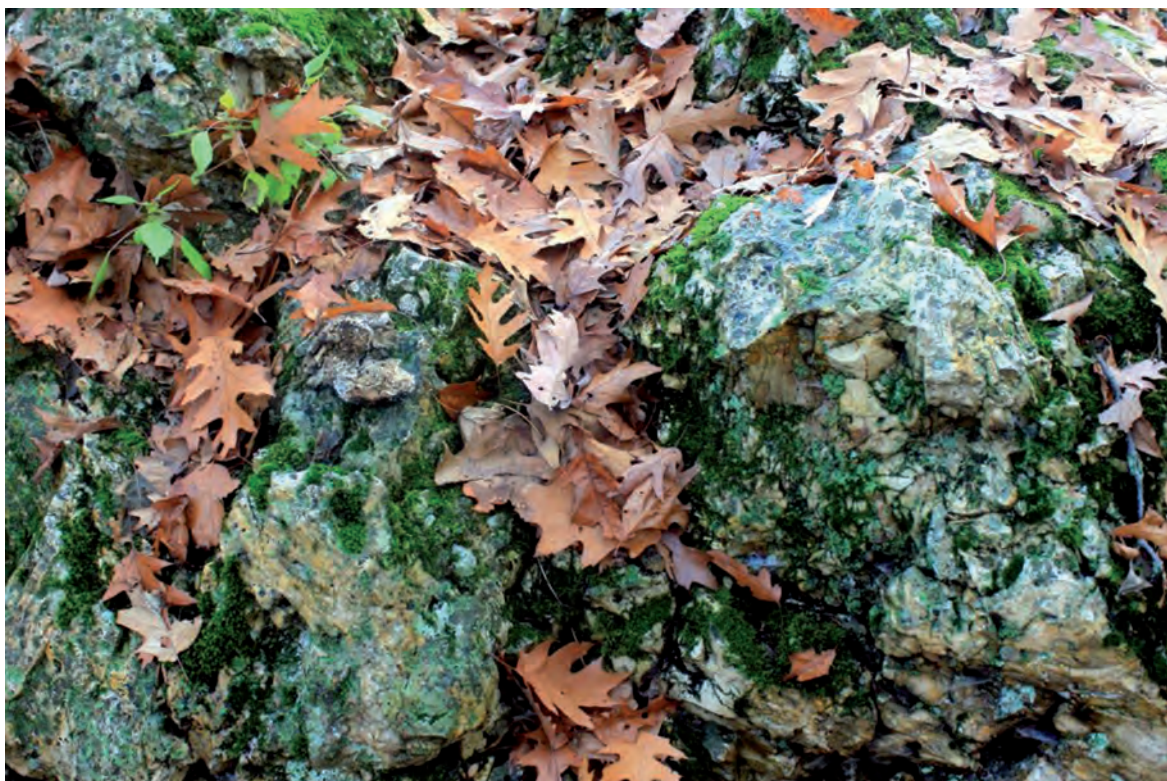


Pero lo que llama la atención no es tanto, o no solo, la crítica en sí al pronunciamiento judicial sino el hecho de que muchas de las discrepancias con el fallo no las hicieron personas “técnicas en Derecho” y, sobre todo, en no pocos casos, como cabe deducir del momento de su emisión, se llevaron a cabo sin que quienes las formularon hubieran leído la sentencia y a partir exclusivamente de la información que aportaban los medios de comunicación y/o de las opiniones y comentarios que se expresaron en las redes sociales, donde etiquetas como #LaManada, #YoSíTeCreo, #NoEsNo, #JusticiaPatriarcal, ..., se emplearon cientos de miles de veces –se habla de más de 466.000 en las tres primeras horas siguientes a la lectura pública de la sentencia⁹– y convirtieron los comentarios a la resolución judicial en el “tema del momento”¹⁰.

o química idónea a tal efecto. 3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaleciendo el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima. 4. En todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años. 5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurriere la circunstancia 3. a o la 4. a, de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este Código.”

⁹ Según <https://shokesu.com>, herramienta de seguimiento y análisis de lo más relevante de las redes sociales.

¹⁰ Al respecto, cabe preguntarse ¿por qué se producen esas reacciones sociales y cómo consiguen una propagación tan rápida y masiva? Podemos responder, de manera breve, con parte de las palabras que CASS SUNSTEIN empleó para explicar la difusión de los rumores, pues aunque aquí no se trataba de rumores –declaraciones de hechos sobre personas, grupos, acontecimientos e instituciones que no se han demostrado veraces pero que pasando de una persona a otra cobran credibilidad no por pruebas directas sino porque otras personas las creen– el diagnóstico que hace Sunstein nos parece aplicable para entender lo ocurrido y la clave podría ser el fenómeno de la polarización de grupos, según el cual cuando se congregan personas con afinidades similares suelen acabar defendiendo posturas más extremistas que las que tenía cada uno antes de empezar a hablar. Así, cuando a título individual tendemos a creer que ha ocurrido una injusticia, hablar con personas que se sienten lo mismo intensificará ese sentimiento y hará que nos enfurezcamos. Y ello por tres razones: el intercambio de creencias intensifica los sentimientos preexistentes; nuestras opiniones se fortalecen al ser corroboradas y cuanto más se fortalecen más extremas se vuelven (este fenómeno se ha potenciado muchísimo con las redes sociales); la preocupación de la gente por su reputación genera una tendencia a ajustar nuestra postura a la de la posición dominante; véase sobre esta cuestión el libro de SUNSTEIN *Rumorología: cómo se difunden las falsedades, por qué nos las creemos y qué se puede hacer*, Debate, 2010 (formato electrónico), que es la versión en



En suma, no resulta exagerado afirmar que para muchísimas personas nos encontramos ante una sentencia manifiestamente “injusta” y por la que los magistrados que la redactaron han quedado deslegitimados para ejercer la función jurisdiccional, cuando menos en casos similares al aquí comentado. Esta conclusión es muy probable que resultara reforzada para los más críticos cuando poco tiempo después –el día 21 de junio– el mismo órgano judicial acordó que los condenados en primera instancia quedaran en libertad provisional, aunque sometidos a una serie de medidas cautelares, mientras no se resuelvan los recursos presentados por las acusaciones y la defensa.

Todo este rechazo social se produjo a pesar –o quizá precisamente por ello– de que tanto en el desarrollo del juicio como a la hora de pronunciarse sobre el mantenimiento en prisión de los condenados una y otra resolución se ajustaron a un procedimiento altamente formalizado y diseñado de manera previa en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para

castellano de *On Rumors: How Falsehoods Spread, Why We Believe Them, What Can Be Done*, Princeton University Press, 2009, que, a su vez, tuvo su origen en el artículo ‘She Said What?’ ‘He Did That?’ Believing False Rumors, publicado en *Harvard Public Law Working Paper*, n° 08-56 (disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1304268, a 14 de agosto de 2018).

garantizar derechos fundamentales básicos de cualquier Estado democrático como la presunción de inocencia, la no obligación de declarar contra uno mismo, la posibilidad de presentar todo tipo de pruebas, el mantenimiento en libertad de los acusados e, incluso, de los condenados mientras no haya sentencia firme ni temor fundado a la reiteración delictiva o a la fuga de los presuntos culpables...

Se observa que en procesos como el que nos ocupa estas garantías formalizadas a veces son interpretadas por una parte de la sociedad como rituales excesivos y ralentizadores de la verdadera justicia y, en última instancia, como una nueva y, quizá, más dolorosa vulneración de los derechos de la víctima. Y ello a pesar de que, como es bien sabido, todos esos formalismos y garantías, que en ocasiones resultan irritantes para muchos, existen, precisamente, para que tanto la gente sin formación jurídica como, por supuesto, los técnicos en Derecho estén dispuestos a aceptar de antemano una resolución que puede limitar de manera drástica y, en ocasiones, muy duradera un derecho tan “fundamental” como la libertad personal, limitación que se nos impone sin contar con nuestra aquiescencia y que irá acompañada, si fuera preciso, del uso de la coacción por parte del aparato del Estado para hacerla efectiva.

¿De dónde les viene su legitimidad a las decisiones judiciales? ¿Por qué socialmente estamos dispuestos a asumir un resultado como el que puede derivarse de una sentencia contraria a nuestras pretensiones cualquiera que sea el orden jurisdiccional en el que se adopte? En esencia, del hecho de tratarse de resoluciones adoptadas por órganos del Estado que no tienen otra misión que garantizar la aplicación de un ordenamiento aprobado a través de métodos democráticos por órganos de impronta política, como los Parlamentos y, en algunos países, por el propio pueblo a través de los referendos legislativos.

Y esa función jurisdiccional adquiere especial relevancia en el ámbito penal para evitar cualquier desviación de la potestad punitiva del Estado; en palabras de Ignacio de Otto, “en el Estado de Derecho se prefiere la posibilidad de que quede impune un delito a la de que sea castigado un inocente, y no solo por la seguridad de éstos, sino también porque la legitimidad de la represión penal deriva de la estricta sumisión al principio de legalidad, y el castigo se hace aceptable en cuanto su aplicación está sujeta a criterios y procedimientos que no tratan ante todo de asegurar la eficacia de la represión, sino también y primordialmente la seguridad del ciudadano frente a ella. El Derecho penal protege ciertos bienes frente a los delitos, pero al mismo tiempo protege al ciudadano frente al poder punitivo, y la legitimidad de los actos aplicativos requiere que provengan de quien tiene la función de aplicar la legalidad y no perseguir a los delincuentes”¹¹.

En esta línea, la propia Constitución ya delimita la potestad punitiva del Estado al prohibir la aplicación retroactiva de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos, el derecho fundamental a la presunción de inocencia, a la asistencia letrada, a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable; también reconoce el principio de legalidad penal, la prohibición a la Administración civil de imponer sanciones que, directa o indirectamente, impliquen privación de li-



bertad, ... Todo ello se orienta, como decía el profesor de Otto, no a promover la mayor eficacia de la represión, sino a tutelar los derechos de cualquier persona sometida a un juicio penal, incluido quienes a ojos de la comunidad parecían los criminales más abyectos y merecedores de castigo.

Precisamente porque esa misión de tutela del ordenamiento podría estar en peligro en determinadas circunstancias –amistad o enemistad de los juzgadores con alguna de las partes del proceso, intereses propios en el concreto asunto objeto de enjuiciamiento, ideas preconcebidas (pre-juicios) sobre los hechos acontecidos...– se prevén mecanismos como las abstenciones y recusaciones de quienes ejercen la función jurisdiccional. Por si fuera poco, los órganos judiciales no juzgan “de oficio”, tampoco en un ámbito como el penal en el que claramente pueden estar en juego intereses públicos, sino que actúan cuando alguien se lo pide (el Ministerio Fiscal, las acusaciones particular o popular...).

En suma, en un Estado democrático el ejercicio de la función jurisdiccional, entendida como la aplicación del Derecho de modo potencialmente irrevoc-

able a un caso concreto¹², se confía a órganos judiciales independientes cuyas decisiones gozan de legitimidad social porque aquéllos únicamente están sometidos a la Ley y no a las órdenes, instrucciones o presiones de nadie. No se quiere decir con ello que tales presiones no existan sino que se dota a quienes ejercen funciones jurisdiccionales de un estatuto que les ampara frente a dichas interferencias (por ejemplo, y por mandato constitucional, no se puede trasladar, suspender, sancionar o jubilar a quien forme parte del Poder Judicial salvo en los casos y con arreglo a los procedimientos legalmente previstos) pero también, y como lógica contrapartida, jueces y magistrados están sujetos a eventuales responsabilidades (penal, civil o disciplinaria) si desarrollan su tarea de manera ilegal: es bien sabido que un gran poder debe implicar una gran responsabilidad.

Como es obvio, independencia judicial no es sinónimo, ni mucho menos, de infalibilidad y por ello existe el derecho a presentar uno o varios recursos contra las resoluciones que entendamos perjudiciales para nuestros intereses o, directamente, contrarias a la Ley. Pero

¹¹ “Estudios sobre el Poder Judicial”, *Obras completas*, Universidad de Oviedo/CEPC, Oviedo, 2010, pág. 1274.

¹² IGNACIO DE OTTO *ob. cit.*, págs. 1262 y sigs.

incluso así pueden perpetuarse errores o decisiones judiciales desacertadas, cuando no delictivas (prevaricación), porque ningún sistema es perfecto; seguirá, no obstante, gozando de legitimidad social en tanto se trate de excepciones en un contexto generalizado de funcionamiento conforme con las normas que nos hemos dado y en la medida en que se les exijan responsabilidades a quienes cometan errores o delitos en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Volviendo a la sentencia del caso “la manada” que nos ocupa, es indudable que ha sido dictada por un órgano judicial preexistente al caso -la Audiencia Provincial de Navarra-, conformado de manera legal y sometido en su proceder a las normas vigentes en la materia (Código penal, Ley de enjuiciamiento criminal,...). En mi opinión, adoptó una decisión infrecuente sobre el desarrollo del juicio oral -todo, y no únicamente la declaración de la víctima, se desarrolló a puerta cerrada- y ha redactado una sentencia “atípica”, al menos en lo que respecta a la minuciosidad con la que se describen los hechos. Son también “atípicos”, por emplear un adjetivo relativamente neutral, la extensión y, sobre todo, el tono del voto particular.

No obstante, estoy convencido de que estas peculiaridades en el desarrollo del juicio, incluido el lenguaje y el sentido del voto discrepante, no hubieran llamado la atención social de haber desembocado en un fallo que asumiera la existencia de varios delitos de violación; en puridad, y de acuerdo con el vigente Código penal, de agresión sexual. Creo que aquí se evidencia la diferencia, también señalada por Hassemer, entre lo “correcto” socialmente y lo “defendible” jurídicamente¹³: lo correcto para un sector importante de nuestra sociedad hubiera sido certificar que hubo tal agresión sexual porque esas personas están convencidas de que se empleó violencia o, cuando menos, intimidación; no pocos juristas también han llegado a esa conclusión pero la alcanzan no por la vía de enjuiciar la corrección, en términos de justicia, del fallo sino argumentando que ese sería un resultado “defendible” de acuerdo con lo previsto en el Código penal aunque admitiendo al mismo tiempo buena parte de esos juristas que la condena por abuso sexual no es una decisión “indefendible” en términos jurídicos si, como parece obligado, nos atenemos al mismo Código penal.

¹³ *Ob. cit.*, pág. 45.

Sea como fuere, y a la espera de lo que pueda resolverse en ulteriores instancias judiciales sobre la sentencia que ha suscitado este comentario, cabe concluir recordando algo obvio: una justicia democrática no es la que resuelve los casos atendiendo a la opinión mayoritaria de la ciudadanía ni la que busca fallos “correctos”, sino la que actúa conforme a lo previsto en normas aprobadas, de forma directa o indirecta, por aquella ciudadanía, que, por supuesto, podrá instar el cambio de las leyes cuando las estime injustas o desacertadas. Ni siquiera el tribunal del jurado, que no conoce en España de los casos de agresión sexual o abuso, es una muestra de “justicia popular” sino de participación ciudadana en la función jurisdiccional estatal, pues se constituye, opera y decide con arreglo a lo previsto en la Ley que lo regula. Y es que, en palabras de Hassemer, “mientras vivamos con control social necesitamos un control social que formalice la imposición de la norma: que someta a un control democrático a los mandatos y prohibiciones y los haga públicos, formalice las sanciones con claridad y las mida con prudencia, y que proteja con toda determinación, allí donde sea necesario, a las personas afectadas por procesos penales. Un Derecho penal que logre eso podría ser “nuestro Derecho penal...”¹⁴.

III. LA CARGA QUE SUPONEN PARA LOS ÓRGANOS JUDICIALES LAS CRÍTICAS EXPERTAS Y LAS LEGAS

Decía también Hassemer que tanto los árbitros de fútbol como los jueces están expuestos a la opinión de expertos que, por lo menos, saben tanto como ellos y les dicen, cuando las encuentran, las faltas que han cometido. Estos expertos casi siempre tienen una impresión exacta sobre lo que es justo y lo que es injusto¹⁵ y, añado yo, consideraríamos ingenuos que tanto quienes arbitran partidos de fútbol como quienes ejercen funciones jurisdiccionales se extrañaran de que sus actuaciones sean objeto de críticas, incluidas las muy aceradas y poco meditadas.

¹⁴ *Ob. cit.*, pág. 247.

¹⁵ *Ob. cit.*, págs. 18 y 19.



Por lo que al ámbito jurídico se refiere, lo llamativo del contexto actual no es, por supuesto, que profesores de Derecho o profesionales de la abogacía, la fiscalía y la propia judicatura hagan comentarios muy críticos del proceder de los tribunales; lo extraño sería, precisamente, que tales críticas no se produjeran. Y las críticas son, además, necesarias para la propia tarea de administrar justicia porque como decía Francisco Tomás y Valiente sobre la labor del Tribunal Constitucional, y podría aplicarse a cualquier órgano que ejerza funciones jurisdiccionales, “el Tribunal necesita la crítica de todos los juristas... Decidir nunca es fácil y, en más de una y de dos ocasiones, ayuda a hacerlo la lectura de una opinión, de una crítica... sobre algo ya resuelto por el Tribunal. Sepan, pues, que colaboran con nosotros. Sépanlo y continúen haciéndolo”¹⁶.

En el caso de los letrados de las partes procesales el TC ha mantenido una línea jurisprudencial según la cual estamos ante “una libertad de expresión reforzada cuya específica relevancia constitucional deviene de su inmediata conexión con la efectividad de otro derecho fundamental, el derecho a la defensa de la parte (art. 24.2 CE) y al adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento

¹⁶ “A modo de sugerencia”, en ÁNGEL GARRORENA MORALES (ed.) *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 23.

del propio y fundamental papel que la Constitución les atribuye (art. 117 CE)” y, por ello, señala que “se trata de una manifestación especialmente inmune a las restricciones que en otro contexto habrían de operar” (STC 205/1994, de 11 de julio, FJ 5”).

Y al calor de esta libertad de expresión reforzada se han amparado por el Tribunal manifestaciones de grueso calibre sobre concretas actuaciones judiciales: “de todo punto arbitraria e inmotivada”, “de todo punto ajena a los más elementales principios de la normativa adjetiva y sustantiva española vigente”, “incomprensible” y “parcial”, “esperpento judicial” (STC 155/2006, de 22 de mayo, FJ 5); “la decisión no puede por menos que calificarse como de arbitraria, infundada, caprichosa, manifestamente ilegal, y groseramente contraria a derecho, por lo que deberá ser modificada” (STC 235/2002, de 9 de diciembre, FJ 4); “se infiere de determinadas resoluciones sistemáticamente adversas, infundadas, irrazonadas y desacertadas, que evidencian, por sí solas, el apasionamiento hostil, la animosidad y el encono intraprocesales de los Magistrados hacia el ejecutado” (STC 117/2003, de 16 de junio, FJ 4). No obstante, en la última jurisprudencia se ha recordado que ampara “la mayor beligerancia en los argumentos e incluso términos excesivamente enérgicos, pero siempre en atención a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican

su privilegiado régimen, y con el límite del “mínimo respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento, y a la ‘autoridad e imparcialidad del Poder Judicial’. La libertad de expresión del Abogado no legitima así ni el insulto ni la descalificación (STC 39/2009, de 9 de febrero, FJ 3, con cita de abundante doctrina anterior)”¹⁷.

Sin llegar a un nivel de reconocimiento jurídico similar no por ello están exentas de protección las opiniones críticas sobre las resoluciones judiciales formuladas al margen del derecho de defensa, las realicen personas técnicas en Derecho o legas; así, y continuando con la jurisprudencia constitucional, “habremos, pues, de comenzar insistiendo en la legitimidad de la crítica que tiene por objeto las resoluciones judiciales, que no difiere sustancialmente, en cuanto tal, de la que pueda dirigirse a los actos propios de otros profesionales, incluso los constituidos en autoridad, siempre que por su contexto, expresión y finalidad merezca aquella calificación, puesto que, aun reconociendo la posición de algún modo singular de los titulares de los órganos jurisdiccionales, sus actuaciones, en cuanto personas públicas, no pueden permanecer inmunes al ejercicio del derecho a la crítica que ampara la libertad de expresión” (STC 46/1998, de 2 de marzo, FJ 3).

En la anterior resolución del TC se invoca el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha concluido: “no hay duda de que, en una sociedad democrática, las personas tienen derecho a comentar y criticar a la administración de justicia y a sus funcionarios” (STEDH de 11 marzo de 2003, caso *Lesnik c. Eslovaquia*, apartado 55).

Por su parte, nuestro Tribunal Supremo ha justificado el ejercicio de la crítica a las resoluciones judiciales atendiendo “al interés público que resulta siempre inherente al mero ejercicio de la función jurisdiccional...” (STS de la Sala Civil nº 92/2018, de 19 de febrero).

¹⁷ Véase al respecto el minucioso estudio de ÁNGEL RODRÍGUEZ en *El honor de los inocentes y otros límites a la libertad de expresión relacionados con la Administración de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 434 y sigs.

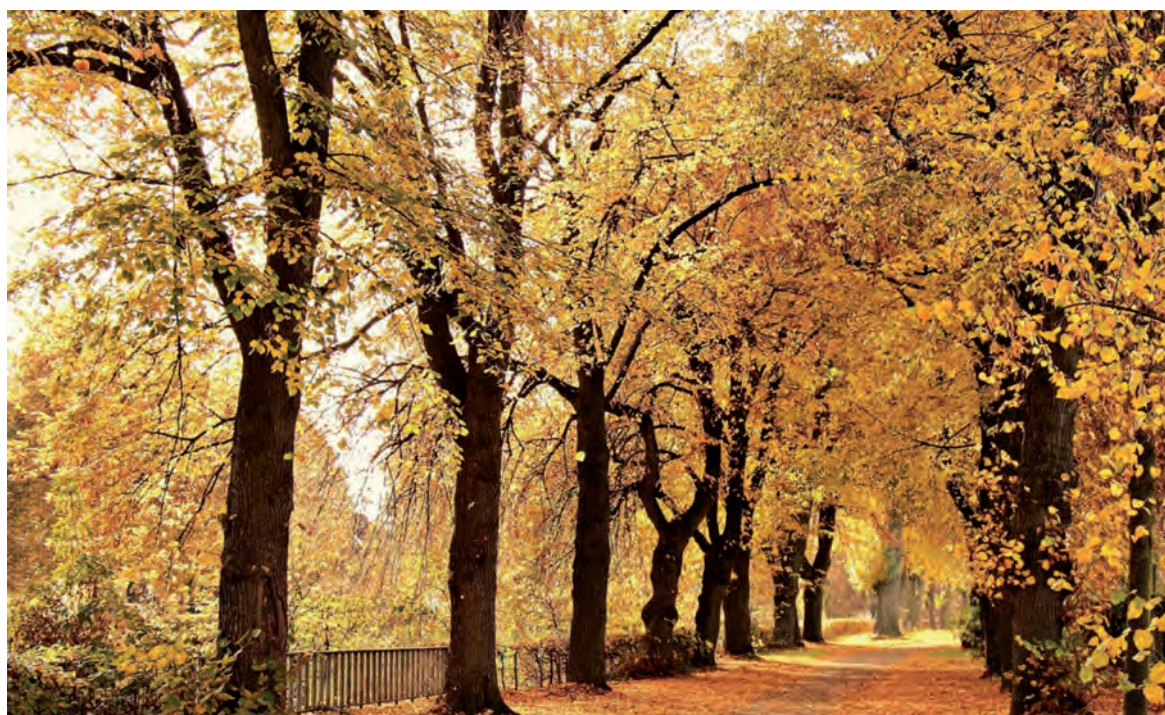


Parece, pues, que no ofrece dudas la legitimidad constitucional de la crítica a las decisiones de los órganos jurisdiccionales, las hagan profesionales del Derecho –más todavía si se realizan en un proceso– o personas que no lo son. Y si eso es así hay que recordar unas palabras ya clásicas del TEDH: “el artículo 10.2 [del CEDH] es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una ‘sociedad democrática’” (asunto *Handyside c. Reino Unido*, de 29 de abril de 1976, párrafo 49) y “la función de este derecho como “una de las precondiciones del funcionamiento de la democracia” (asunto *Appleby y otros c. Reino Unido*, de 6 de mayo de 2003) determina una especial amplitud del objeto protegido que se abarca “no sólo la sustancia de las ideas y la información expresadas sino también la forma en la que se transmiten” (asunto *De Haels y Gijssels c. Bélgica*, de 24 de febrero de 1997, párrafo 48).

Por tanto, son ajustadas a Derecho las críticas que pueden molestar u ofender a un determinado órgano judicial o, incluso, a buena parte de la judicatura y ello, en principio, con independencia de la forma en la que se exterioricen, lo que tiene que ver con algo que no era tan frecuente en el pasado pero que ha adquirido carta de naturaleza en el presente: el hecho de que esos comentarios se realicen en medios de comunicación de masas, como la televisión, la radio y los periódicos y, con la facilidad que suponen las herramientas digitales, cada vez más a través de blogs y de redes sociales como Twitter o Facebook, permite que lleguen antes y a muchas más personas, especialmente si son legas¹⁸.

Como es obvio, este amplio margen para la crítica no ampara el uso de expresiones

¹⁸ Sobre la potencialidad de las nuevas tecnologías y de las redes sociales, también sobre sus problemas, en relación con la información y opinión sobre asuntos *sub iudice*, ÁNGEL RODRÍGUEZ *ob. cit.*, págs. 418 y sigs.; es también de especial interés su análisis sobre “el info-entretenimiento: el show judicial y la libertad de expresión”,..., págs. 449 y sigs.



insultantes ni, mucho menos, amenazas. Sin llegar a estos extremos, la jurisprudencia del TEDH ha aceptado dos tipos de límites: restricciones a la información sobre un proceso en curso (entre otros, asuntos *Sunday Times c. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979; *Du Roy y Malaurie c. Francia*, de 3 de octubre de 2000; *Tourancheau y July c. Francia*, de 24 de diciembre de 2005,...)¹⁹ y críticas a las resoluciones judiciales o a los jueces (asunto *Prager y Oberschlick c. Austria*, de 26 de abril de 1995; asunto *Haes y Gijssels c. Bélgica*, de 24 de febrero de 1997).

Nos interesa ahora el alcance de las críticas a las decisiones judiciales y en esta última resolución el TEDH advierte, en primer lugar, que “la acción de los tribunales, que son los garantes de la justicia y cuya misión es fundamental en un Estado de derecho, necesita la confianza del público. Así, conviene protegerla contra los ataques desprovistos de fundamento, sobre todo, cuando el deber de reserva prohíbe a los magistrados reaccionar” (párrafo 37); no obstante, el TEDH sitúa unas críticas muy duras a unos magistrados en un contexto de emotividad e indignación por unos hechos que se denunciaron y disculpa el tono polémico, incluso agresivo, porque se ampara, como ya se ha dicho, además de la sustancia de las ideas expresadas, la forma de la expresión (párrafo 48).

¹⁹ ÁNGEL RODRÍGUEZ *ob. cit.*, págs. 287 y sigs.

Pues bien, frente a la cascada de reacciones contrarias a la sentencia del caso “la manada”, 750 jueces españoles presentaron una queja ante el Consejo Consultivo de Jueces Europeos denunciando una “gravísima amenaza” para la “independencia judicial en España” y pidiendo amparo internacional por la “presión social” que se produjo en el citado asunto. Esta queja se inserta, por lo demás, en la línea que ha venido manteniendo al respecto la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, que, por citar un ejemplo, el 23 de enero de 2014 aprobó la siguiente declaración institucional:

“En un Estado democrático de derecho, los/las Jueces/zas y Magistrados/as, como titulares del Poder Judicial, asumen la decisiva e indispensable labor de proteger y garantizar los derechos y libertades en condiciones de independencia, imparcialidad y responsabilidad, constituyendo precisamente el ejercicio independiente, imparcial y responsable de la jurisdicción su fuente de legitimidad democrática.

La confianza pública de que los/las Jueces/zas y Magistrados/as puedan efectivamente desarrollar sus cometidos conforme a las exigencias de la Constitución, es un objetivo merecedor de la máxima protección, y justifica los numerosos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional reclamando de todos los agentes públicos y de la ciuda-

danía en general, el necesario respeto a la actuación de los órganos judiciales.

En una sociedad democrática todo ejercicio del poder, y el jurisdiccional no es una excepción, está sometido a la crítica pública, pero bajo el amparo de la libertad de expresión no pueden justificarse actuaciones que pretendan influir de manera burda, denigrar injustamente o poner en entredicho con argumentos groseros, la imparcialidad o independencia de Jueces/zas y Magistrados/as, ya que dichas actuaciones, no sólo desconocen el respeto debido a quienes sufren el acoso, sino que socavan uno de los fundamentos esenciales del orden constitucional: la legitimidad de los miembros del Poder Judicial y la confianza social en su actuación.

El Consejo General del Poder Judicial, en el marco de las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Reglamento de Carrera Judicial, amparará expresamente a todo/a Juez/a o Magistrado/a que demande su protección frente a actuaciones o críticas injustificadas que pongan en entredicho su función mediante procedimientos manifiestamente irrespetuosos o injustos, y apoyará de manera expresa en el ejercicio de sus cometidos a todos los/las miembros del Poder Judicial, quienes día a día, en condiciones casi siempre difíciles, contribuyen decisivamente a que los valores, derechos y libertades constitucionales constituyan una realidad efectiva²⁰ (la cursiva es nuestra).

²⁰ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-expresa-su-apoyo-a-todos-los-miembros-del-Poder-Judicial-en-el-ejercicio-de-sus-funciones> (a 14 de agosto de 2018).

Si tenemos en cuenta que, según la Memoria del año 2017 del Consejo General del Poder Judicial (referida al año 2016), en España contamos con 5.367 jueces y magistrados en activo, que el conjunto de los órganos judiciales españoles resolvió en 2016 6.010.185 asuntos (la menor cifra, por razones que ahora no vienen al caso, en 10 años) y que en el orden penal se resolvieron 3.489.187 asuntos, parece cuando menos excesivo pensar que una reacción social desahogada, incluso injustificada, frente a la resolución judicial de primera instancia en un determinado asunto y referida a un concreto órgano jurisdiccional, permita concluir que en España están en cuestión “la legitimidad de los miembros del Poder Judicial y la confianza social en su actuación”.

En la misma línea desdramatizadora sobre los efectos de este fallo parecen ir los estudios de opinión: así, en los tres últimos barómetros del CIS (mayo, junio y julio de 2018), inmediatamente posteriores a la sentencia de caso “la manada”, la preocupación por el funcionamiento de la Administración de Justicia no se encontraba entre los diez principales problemas de nuestro país según el conjunto de las casi 2.500 personas encuestadas. Y si tenemos en cuenta el porcentaje de personas para las que la Administración de Justicia sí se encuentra entre los tres principales problemas del país vemos que se pasa, inmediatamente después de conocerse el fallo, del 2,9 de abril de 2018 al 6,8 de mayo (la cifra más alta desde 2001)

pero en el mes de junio ese porcentaje se redujo al 3,1%, casi al nivel del 1 abril, cuando todavía no se había hecho pública la sentencia, aunque subió de nuevo en julio (4%) –¿influiría la decisión de la Audiencia Provincial de Navarra sobre la puesta en libertad provisional de los condenados?– pero no tanto como en mayo. (Tabla 1)

Como es obvio, no estamos sosteniendo que la sociedad española considere impoluto el funcionamiento de los tribunales; al contrario, sucesivos estudios evidencian un importante descontento social, especialmente por lo que respecta a la imagen de independencia de la judicatura, que resulta muy llamativo si se compara con la impresión existente en los países de nuestro entorno. Así, según el último Eurobarómetro de justicia en la Unión Europea, que compara datos de 2016 y 2017, una amplia mayoría (el 58%) de las 1001 personas encuestadas –cifra no muy elevada, por cierto– en nuestro país tienen una opinión bastante negativa o muy negativa sobre la independencia de los jueces y tribunales españoles y ello, principalmente, porque consideran que existen interferencias y presiones provenientes, por una parte, de las instituciones y de la clase política y, por otra, de importantes intereses económicos²².

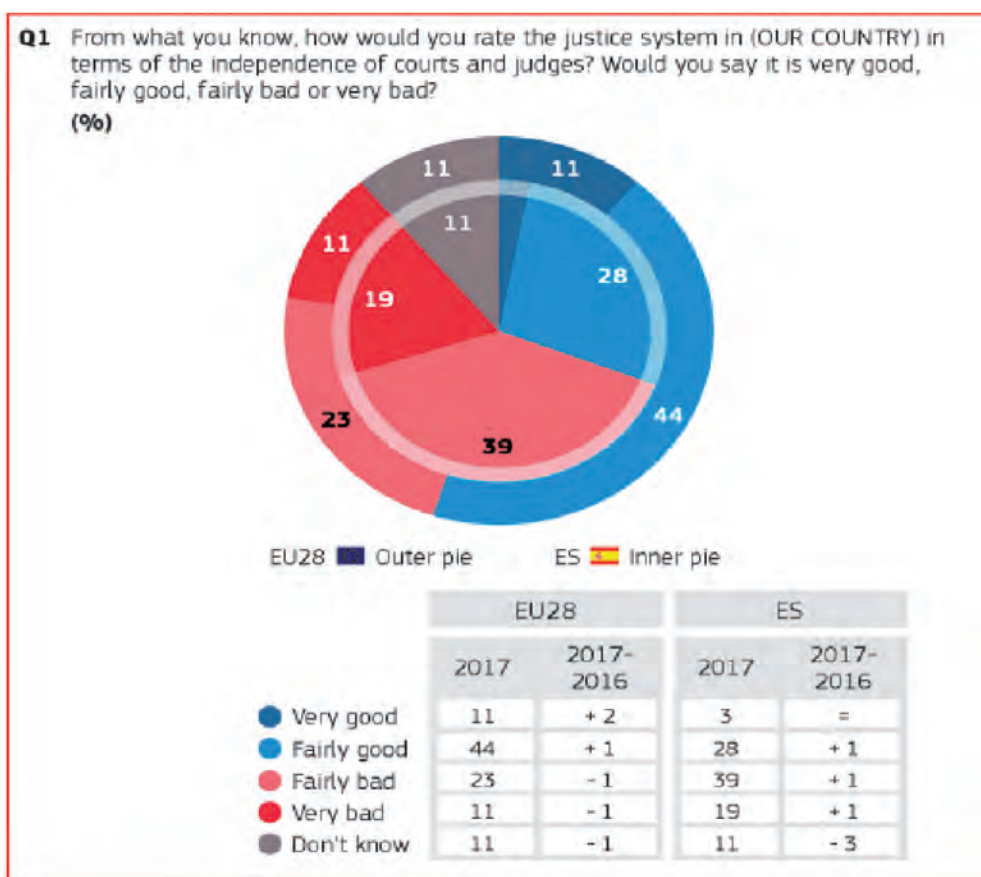
²² <http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/Survey/getSurveyDetail/instruments/FLASH/surveyKy/2148> (a 14 de agosto de 2018).

(Tabla 1) PORCENTAJE DE LA POBLACIÓN QUE INCLUYE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA ENTRE LOS TRES PRINCIPALES PROBLEMAS DEL PAÍS

	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Enero	2,5	2,2	1,8	1,6	1,7	1,5	1,6	1,6	2,5	2,1	1	1,7	2,2	3,2	2,2	1,1	1,4	2,5
Febrero	2,1	1,7	1,1	1,6	1,6	1,9	1,8	1,1	1,9	1,5	2,5	3,2	2,5	3	1,8	1,1	2	2,7
Marzo	1,6	2	1,3	0,8	1,2	1,2	1,6	2,7	2,6	1,7	1,7	2,2	2	2,3	1,6	1,3	4	1,7
Abril	1,6	1,6	1,6	1,5	1,3	1,1	1,3	2,8	2,4	3,9	1,7	2,3	2,5	2,8	2,1	1,6	3,1	2,9
Mayo	2,2	1,8	1,2	1,1	1	1	1,4	2,8	2,5	1,9	1,7	1,4	2,6	2	2	1,7	2,6	6,8
Junio	2,6	1,5	2	0,8	1,2	1,9	1	2,2	2,5	1,7	1,2	1,4	2,5	2,3	1,4	1,6	2,7	3,1
Julio	1,7	0,8	1,9	1,6	1,3	1,4	1,1	1,4	2,3	1,2	1,4	1,7	2,1	2,5	2,2	1,1	2,6	4
Septiembre	1,3	1,4	1,6	0,8	1,4	1,3	1,6	2,8	2,5	1,4	1,2	2,2	2,6	1,8	1,4	1,4	2,4	
Octubre	-	1,5	2,5	1,4	0,9	1,6	2,3	1,9	2,1	1,5	1,2	1,4	2,2	2,3	2,6	1,4	1,2	
Noviembre	1,7	1,9	1,8	1,1	1,3	1,3	1,5	1,7	2,3	1,6	1,4	1,6	2,6	3,6	1,9	2,1	2,4	
Diciembre	1,9	1,9	1,4	1,5	2,2	2	1,5	1,8	2,6	1,5	1,5	1,7	3,4	2,5	1	1,3	1,7	

Fuente: CIS/CGPJ²¹

²¹ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Opinion-y-quejas-sobre-el-funcionamiento-de-la-justicia/Opinion-de-los-profesionales-y-usuarios-de-la-Administracion-de-Justicia-/Barometro-de-Opinion-del-Consejo-General-del-Poder-Judicial/> (a 14 de agosto de 2018).



Fuente: Eurobarómetro.

En suma, es probable que las reacciones sociales ante pronunciamientos como el de la Audiencia Provincial de Navarra en el asunto “la manada” no dejen incólume la imagen, ya bastante dañada, de la Administración de Justicia pero parece, a falta todavía de cierta perspectiva temporal –y de la resolución de los recursos presentados contra ese fallo en primera instancia–, que momentos puntuales de descontento social importante no lastran de manera inevitable y continuada la legitimidad de esta institución, sino que hay percepciones sociales más arraigadas sobre los problemas que, históricamente, viene padeciendo la justicia española.

Por otro lado, tampoco tenemos la impresión de que lo acontecido las horas y días siguientes a conocerse la sentencia del caso “la manada”, en forma de concentraciones y manifestaciones en diferentes ciudades y de efervescencia en las redes sociales, haya supuesto o suponga en un futuro próximo una amenaza creíble a la independencia judicial, ni en general ni tampoco para este caso concreto: por una parte, el tribunal que emitió el fallo ya cumplió con su cometido y que un gran número de personas haya rechazado, ásperamente, su decisión no es motivo suficiente para temer que el Tribunal Superior de Justicia de Navarra o, en su caso, el Tribunal Supremo vayan a sentirse obligados, a la hora de re-



solver los recursos, a tener en cuenta ese “clamor social”: tanto uno como otro órgano judicial están servidos por personas experimentadas, conocedoras del derecho que deben aplicar y, se presume, capaces de desarrollar su trabajo al margen de las presiones sociales o políticas que puedan recibir; su independencia, como ya se ha dicho, les viene de su sometimiento exclusivo a la Ley; otra cosa, claro, es que no resulte cómoda esa presión pero en el supuesto de que no se sea capaz de convivir con ella es que no se está preparado para desempeñar una función de tanta responsabilidad.

Y eso es algo que tienen muy claro en países como Estados Unidos o Gran Bretaña, donde las críticas, técnicas o legas, a las decisiones de los tribunales pueden ser furibundas, pero se admiten sin mayores problemas porque se considera mayoritariamente que contribuyen, como diría Michael Rosenfeld²³, a mantener el equilibrio necesario entre las divisiones saludables y los acuerdos necesarios, consiguiendo así, aunque en ocasiones pueda parecer lo contrario, una sociedad más estable.

Concluimos volviendo a la analogía entre quienes juzgan un proceso penal y quienes arbitran un partido de fútbol: si de verdad los primeros se sienten socialmente incomprendidos que piensen en quienes, incluso con la muy reciente ayuda del VAR, se someten cada fin de semana al escrutinio inmediato e implacable de millones de personas que se sienten igual de expertas y no menos capacitadas para desempeñar una compleja y, aparentemente, ingrata tarea. Como decía Eduardo Galeano, “a veces, raras veces, alguna decisión del árbitro coincide con la voluntad del hincha, pero ni así consigue probar su inocencia. Los derrotados pierden por él y los victoriosos ganan a pesar de él. Coartada de todos los errores, explicación de todas las desgracias. Durante más de un siglo, el árbitro vistió de luto. ¿Por quién? Por él. Ahora disimula con colores”²⁴. ❖

²³ “La filosofía de la libertad de expresión en América”, en MIGUEL CARBONELL (compilador) *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, Porrúa/Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México DF, 2004, págs. 238 y sigs.

²⁴ *El fútbol a sol y sombra*, Siglo XXI de España, Madrid, 1995, pág. 11.