

VARIACIONES SOBRE UN TEMA: EL EJERCICIO PROCESAL DE LOS DERECHOS

LIBRO HOMENAJE A
VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ

Obra dirigida por:
PIEDAD GONZÁLEZ GRANDA
JUAN DAMIÁN MORENO
MARÍA JESÚS ARIZA COLMENAREJO



UAM
Ediciones


COLEX

VARIACIONES SOBRE UN TEMA: EL EJERCICIO PROCESAL DE LOS DERECHOS

Libro homenaje a Valentín Cortés Domínguez

1.ª EDICIÓN

Obra dirigida por:

Piedad González Granda
Juan Damián Moreno
María Jesús Ariza Colmenarejo

COLEX 2022

Copyright © 2022

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial, así como a las actualizaciones de los textos legislativos mientras que la edición adquirida esté a la venta y no exista una posterior.

© Susana Álvarez de Neyra Kappler
© Pedro Álvarez Sánchez de Movellán
© M.ª Jesús Ariza Colmenarejo
© Alicia Armengot Vilaplana
© Teresa Armenta Deu
© José María Asencio Mellado
© Silvia Barona Vilar
© Raquel Bonachera Villegas
© José Bonet Navarro
© Federico Bueno de Mata
© Lorenzo Bujosa Vadell
© Manuel Cachón Cadenas
© Sonia Calaza López
© M.ª Pía Calderón Cuadrado
© Raquel Castillejo Manzanares
© Rafael Castillo Felipe
© Ignacio Colomer Hernández
© Luis-Andrés Cucarella Galiana
© Juan Damián Moreno
© Ignacio Díez-Picazo
© José Francisco Etxeberria Guridi
© Ignacio Flores Prada
© Leticia Fontestad Portalés
© Candela Galán González
© Juan-Luis Gómez Colomer
© Fernando Gómez de Liaño González

© Jesús María González García
© Piedad González Granda
© Ramón Herrera Bravo
© Rafael Hinojosa Segovia
© Raquel López Jiménez
© Antonio María Lorca Navarrete
© Fernando Martín Diz
© José Martín Ostos
© Pilar Martín Ríos
© Víctor Moreno Catena
© María Lourdes Noya Ferreiro
© Francisco Ortego Pérez
© Manuel Ortells Ramos
© Blanca Otero Otero
© Sabela Oubiña Barbolla
© María Graciela Pahul Robredo
© M.ª Angeles Pérez Marín
© Esther Pillado González
© Francisco Ramos Méndez
© José-Alberto Revilla González
© Nicolás Rodríguez-García
© M.ª Isabel Romero Pradas
© Eva Isabel Sanjurjo Ríos
© Gregorio Serrano Hoyo
© Rocío Zafra Espinosa de los Monteros

© Editorial Colex, S.L.
Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial)
A Coruña, C.P. 15004
info@colex.es
www.colex.es

I.S.B.N.: 978-84-1359-672-3
Depósito legal: C 1768-2022

Autora de la obra pictórica
incluida en la portada:
Trinidad Puya Jiménez

AUTORES

Susana Álvarez de Neyra Kappler
Profesora Contratada Doctora.
Universidad Autónoma de Madrid

Pedro Álvarez Sánchez de Movellán
Profesor Titular de Derecho Procesal.
Universidad de León

M.ª Jesús Ariza Colmenarejo
Profesora Titular de Derecho Procesal.
Universidad Autónoma de Madrid

Alicia Armengot Vilaplana
Profesora Titular de Derecho Procesal.
Universitat de València

Teresa Armenta Deu
Catedrática de Derecho Procesal de la UDG
Vocal de la Comisión General de Codificación

José María Asencio Mellado
Catedrático de Derecho procesal.
Universidad de Alicante

Silvia Barona Vilar
Catedrática de D.º Procesal. Universitat
de València

Raquel Bonachera Villegas
Profesora titular de Derecho Procesal.
Universidad de Almería

José Bonet Navarro
Catedrático de Derecho Procesal.
Universidad de Valencia

Federico Bueno de Mata
Profesor Titular de Derecho Procesal.
Universidad de Salamanca

Lorenzo Bujosa Vadell
Catedrático de Derecho Procesal.
Universidad de Salamanca

Manuel Cachón Cadenas
Catedrático de Derecho Procesal.
Universidad Autónoma de Barcelona

Sonia Calaza López
Catedrática de Derecho procesal de la UNED

M.ª Pía Calderón Cuadrado
Magistrada del TSJ de la Comunidad
Valenciana
Catedrática de Derecho Procesal de la
Universitat de València

Raquel Castillejo Manzanares
Catedrática de Derecho Procesal de la USC

Rafael Castillo Felipe
Prof. Contratado doctor de Derecho
Procesal. Universidad de Murcia

Ignacio Colomer Hernández
Catedrático de Derecho Procesal.
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Luis-Andrés Cucarella Galiana
Catedrático de Derecho Procesal.
Universitat de València
Doctor en Derecho por las Universidades
de Bolonia y Valencia

Juan Damián Moreno
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Madrid

Ignacio Díez-Picazo
Catedrático de Derecho Procesal.
Universidad Complutense de Madrid

José Francisco Etxeberria Guridi
Catedrático de Derecho Procesal.
Universidad del País Vasco

Ignacio Flores Prada
Catedrático de Derecho Procesal.
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Leticia Fontestad Portalés
Profesora Titular de Derecho Procesal.
Universidad de Málaga.
Consejera Académica Guerrero Abogados

Candela Galán González
Profesora Titular de Derecho Procesal.
Universidad Autónoma de Madrid

Juan-Luis Gómez Colomer
Catedrático de Derecho Procesal.
Universidad Jaime I de Castellón

Fernando Gómez de Liaño González
Catedrático de Derecho Procesal

Jesús María González García
Catedrático de Derecho Procesal.
Universidad Complutense de Madrid

Piedad González Granda
Catedrática de Derecho Procesal.
Universidad de León

Ramón Herrera Bravo
Catedrático de Derecho Romano.
Universidad de Jaén

Rafael Hinojosa Segovia
Profesor Titular de Derecho Procesal.
Universidad Complutense de Madrid

Raquel López Jiménez
Profesora Titular de Derecho Procesal.
Universidad Carlos III de Madrid

Antonio María Lorca Navarrete
Director del Instituto Vasco de Derecho
Procesal
Catedrático de Derecho Procesal de la
Universidad del País Vasco

Fernando Martín Diz
Catedrático de Derecho Procesal.
Universidad de Salamanca

José Martín Ostos
Catedrático de Derecho Procesal

Pilar Martín Ríos
Profesora Titular de Derecho Procesal.
Universidad de Sevilla

Víctor Moreno Catena
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Carlos III de Madrid

María Lourdes Noya Ferreiro
Profesora Titular de Derecho Procesal.
Universidad de Santiago de Compostela

Francisco Ortego Pérez
Profesor Titular de Derecho Procesal.
Universidad de Barcelona

Manuel Ortells Ramos
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València

Blanca Otero Otero
Profesora de Derecho Procesal.
Universidad de Vigo

Sabela Oubiña Barbolla
Profesora Contratada Doctora de
Derecho Procesal. Universidad
Autónoma de Madrid

María Graciela Pahul Robredo
Doctora en Derecho y Profesora
Asociada de Derecho Procesal.
Universidad de Salamanca

M.ª Ángeles Pérez Marín
Profesora Titular de Derecho Procesal.
Universidad de Sevilla

Esther Pillado González
Catedrática de Derecho Procesal.
Universidad de Vigo

Francisco Ramos Méndez
Catedrático de Derecho Procesal

José-Alberto Revilla González
Profesor Titular de Derecho Procesal.
Universidad Autónoma de Madrid

Nicolás Rodríguez-García
Catedrático de Derecho Procesal.
Universidad de Salamanca

M.ª Isabel Romero Pradas
Catedrática EU de Derecho Procesal.
Universidad de Sevilla

Eva Isabel Sanjurjo Ríos
Profesora Contratada Doctora de
Derecho Procesal. Universidad de León

Gregorio Serrano Hoyo
Profesor titular de Derecho Procesal.
Universidad de Extremadura

Rocío Zafra Espinosa de los Monteros
Profesora Titular de Derecho Procesal.
Universidad Carlos III de Madrid

PRESENTACIÓN

Piedad González Granda

El presente año 2022 se cumplen cuarenta del acceso del profesor Valentín Cortés Domínguez a la cátedra de Derecho Procesal en la Universidad Autónoma de Madrid. Es verdad que previamente había tomado posesión de su cátedra en la Universidad de Málaga, pero sin duda constituye la Universidad madrileña la referencia más significativa en toda su andadura universitaria

Con mucho cariño hemos querido sus discípulos hacer coincidir con esta fecha la preparación de un Libro-Homenaje, un *Liber Amicorum* en el más genuino sentido de la palabra —esto es, de carácter abierto y sin restricciones o cortapisas caducas—, por entender que ese es el *modo de ser universitario* que gusta al profesor Cortés Domínguez y que nos ha inculcado a sus discípulos.

Digamos que esta ha sido la excusa, pero en realidad se trata de una iniciativa largamente proyectada a la que solo faltaba el *pistoletazo* de salida. Y a este respecto quisiera yo narrar aquí una anécdota que refleja vivamente nuestro sentir.

Para situarnos, hemos de recordar que, recién concluida su tesis doctoral en Bolonia, dirigida por Tito Carnacini, bajo el título “L’inversione convenzionali dell’onere della prova” —sí, Valentín Cortés Domínguez es “bolonio” como gustan denominarse con orgullo los así investidos doctores— a su vuelta a España, y tras una breve estancia en la Universidad de Granada, entra en contacto en el año 1971 con su en adelante maestro Gómez Orbaneja. A quien ha dedicado Valentín muy hermosas palabras, plasmadas por escrito algunas de ellas, aunque él a veces tenga la duda de no haber sabido transmitirle vivamente su afecto y admiración, tal y como relató a modo de confidencia recientemente en la presentación en el Colegio de Abogados de Madrid de un libro a él dedicado, elaborado en coautoría por la profesora María Jesús Ariza Colmenarejo y yo misma.

Por el contrario, puedo dar fe de que pocas son las conversaciones jurídicas, universitarias y aun puramente humanas, en las que no aparezca en su memoria y se refleje en sus palabras el recuerdo siempre admirativo del jurista, la persona y —aún el personaje— que fue su maestro. Curiosamente esa misma sensación de no haber sabido quizás transmitir en su hondura el afecto, la admiración y el reconocimiento por su maestro —en su caso Beceña— es la que vivió el propio Gómez Orbaneja y se refleja en el Prólogo del libro en su homenaje *Derecho y Proceso* en las siguientes palabras: “A veces me asalta el temor de que nuestro maestro Beceña haya muerto sin tiempo de conocer todo el peso de nuestra estimación por él”.

Esa coincidencia constituye la anécdota y sirve asimismo para plasmar el objetivo perseguido por los discípulos del maestro Cortés Domínguez, formados a su lado y bajo su aura en la Universidad Autónoma de Madrid.

Con este planteamiento como premisa básica, conviene aclarar que no tiene sentido —me parece— exponer de forma pretendidamente sistematizada su obra científica. Primero por resultar tarea imposible en estas breves líneas; pero además porque

resulta que es ésta bien conocida —y reconocida— por la generalidad de los lectores de este Libro-Homenaje, en su mayoría juristas procesalistas para quienes no puede tener secretos la profundidad de la mirada jurídica y la sagacidad intelectual del maestro Cortés Domínguez.

Prefiero sintetizar en dos rasgos y con pocas pero bien elegidas palabras sus preferencias temáticas, como reflejo extraordinariamente útil para captar su visión del Derecho Procesal.

En primer lugar hay que destacar que al maestro le atraen los “problemas verdaderamente importantes”, señalando como buena muestra su mencionada Tesis doctoral sobre la inversión convencional de la carga de la prueba, o su libro “La cosa juzgada penal”, prologada por su maestro, quien resaltó precisamente en dicho texto la cualidad del pupilo de ir siempre derecho a la enjundia “sin distraerse con la hojarasca”, en expresión en la que es perfectamente visible la mirada orgullosa de quien sabe que ha influido decisivamente en el resultado con las lecturas adecuadas, destacando especialmente sus *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

Enlaza esta consideración con una segunda característica igualmente muy notoria en la producción científica del profesor Cortés Domínguez como procesalista: su afán de relacionar el Derecho Procesal con el Derecho material, si bien desde un punto de vista metodológico muy distinto al seguido por los operadores “prácticos” del Derecho Procesal, destacándose en su proceder una notable coincidencia asimismo con el pensamiento plasmado al respecto en reiteradas ocasiones por su maestro. Efectivamente podemos recordar cómo expresaba esta idea Gómez Orbaneja en la Introducción a los *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, al afirmar que “por regla general lo que resta valor a la exégesis de los prácticos no es el punto de partida sino el método, o mejor dicho, la falta de método, o, si se prefiere, de teoría”.

Es esa misma visión la que impregna indudablemente toda la obra de Valentín Cortés Domínguez, y es natural que sea esta característica señalada tan propia del maestro, pues es lo que sucede cuando se resuelve —correctamente podría decirse— la cuestión metodológica del Derecho Procesal, que aleja al procesalista de la pura forma y de lo accesorio y le dirige con paso en su caso siempre firme hacia esas zonas limítrofes o de *interferencia* entre el Derecho material y el Derecho Procesal que constituye —en palabras de Carnelutti— el “Derecho Comparado interno” y que nos reconduce al marco de la Teoría general del Derecho. Y de qué manera podemos ver esto en toda su obra.

Destacaría además la convicción del profesor Cortés Domínguez de que lo que importa de verdad es una buena Teoría, asentada en las mejores fuentes y con la atención adecuada a los antecedentes y a las opiniones autorizadas de los mejores maestros. Convicción que nos fue asimismo transmitida a sus discípulos. Al efecto, me gusta recordar que, comenzando yo mi andadura universitaria bajo su autorizada dirección, las primeras lecturas por él recomendadas fueron las de dos grandes procesalistas, alemán uno e italiano el otro, ni más ni menos que Wach y Chiovenda, cuyos nombres —he de reconocer al recordar— a duras penas alcanzaba yo a escribir correctamente en aquel momento. Y a esos dos autores siguieron en la lista otros muchos, lo mejor de la mejor doctrina contenida en la entonces Biblioteca del Área de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid (aún no centralizada), a cuyo estudio y análisis dediqué largas horas por consejo suyo.

Lección que he tratado de aplicar con pupilos y discípulos, a pesar de su dificultad. Porque sin duda no es tarea fácil la transmisión de la importancia de una buena base dogmática, especialmente en momentos en los que en el ámbito universitario se valora la *urgencia* en alcanzar metas que exigen un nivel de producción científica a menudo incompatible con el estudio sereno y profundo. Si a ello se une la insistente y a veces mal entendida proyección práctica de la docencia procesal, nos encontramos con una realidad, que, si bien se plantea en todas las ramas del saber jurídico, es especialmente visible en el campo del Derecho Procesal, donde el riesgo

de retroceder hacia un nuevo procedimentalismo puede verse auspiciado además por otros factores —imposibles de sintetizar en estas líneas— que coadyuvan en la misma dirección.

En mi condición de discípula de Valentín Cortés Domínguez, quiero expresar que siento un indisimulado orgullo por ello, unido a la convicción de que es muy difícil estar a su altura. A su talento particular hay que sumar la excelencia de la generación —académicamente hablando— a la que pertenece. Una generación meritoria y hasta *heroica* —a la que por cierto habría que buscarle una denominación adecuada y homenajearla debidamente— que, tras la que podríamos denominar “generación de los pioneros” (aquellos que pusieron los cimientos del procesalismo científico, en un período aproximado entre el final de la Guerra y la fecha de la Constitución de 1978), vino a consolidar de forma definitiva la nueva concepción del Derecho Procesal, adaptando las Leyes procesales, aún sin reformar, a los nuevos aires constitucionales, esto es, a la letra y el espíritu de tantos mandatos contenidos en la Constitución.

Decía Valentín Cortés Domínguez en sus palabras recogidas en la Revista Justicia *En Memoria de Don Emilio Gómez Orbaneja* que “aquel era el último gran maestro del Derecho Procesal que nos quedaba”, en referencia a la mencionada primera época del procesalismo científico español y que “su muerte supuso el final de una época y el inicio de otra, que será posiblemente mucho menos brillante que la que él representaba”. Creo acertar al afirmar que somos muchos ahora los que pensamos que todos los que hemos venido tras las enseñanzas de esa segunda generación de procesalistas científicos “constitucionalistas” —de la que es muestra tan representativa el maestro aquí homenajead— nos encontramos en una situación de deuda impagable y seguramente no suficientemente expresada. Y, si queremos ser sinceros, hemos de admitir que no es fácil mantener el brillo y la excelencia que tales maestros han tenido y siguen teniendo.

Muy brevemente —como corresponde, pues estas líneas no son para hablar de quien escribe, sino del homenajead— quiero expresar una cualidad del maestro que queda patente en pocas palabras y que conecta con el plano más personal y humano del mismo. Conocí yo al maestro Valentín Cortés Domínguez allá por el año 1986, cuando accedió éste a dirigirme la tesis doctoral sobre el artículo 22 de la entonces reciente LOPJ. Y algunas de las vicisitudes y dificultades derivadas de la elección del tema —vividas en la Universidad Autónoma de Madrid y también fuera de ella— son buena muestra de que el aprendizaje de los modos universitarios no alcanza a todos por igual y que es una asignatura pendiente para algunos académicos que, sin consideración a su propia ignorancia, viven inmersos en los *compartmentos estancos* que representa para ellos su limitada parcela del saber. Todo lo contrario al modelo de ser universitario que Valentín Cortés Domínguez predica con la palabra —siempre mesurada— y con el ejemplo. Puedo afirmar que admiro muy profundamente al maestro Cortés Domínguez y que, de la forma elegante con la que ha encajado algunos varales en el ámbito universitario, también he intentado aprender.

Por último, quiero dejar constancia en estas líneas del agradecimiento que, como grupo liderado por el maestro Cortés Domínguez, sentimos por la espléndida y muy generosa respuesta a la invitación cursada para participar en este Libro Homenaje. Y también quiero dejar constancia de la enorme satisfacción por las palabras de elogio sincero, admiración y cariño hacia su figura que han acompañado la aceptación para participar, que ha superado con creces cualquier posible expectativa al respecto. Hasta tal punto que estamos buscando la forma de reunir las y hacérselas llegar informalmente al homenajead, puesto que es a él a quien van dirigidas, siendo yo en este caso, en representación del grupo, mera transmisora. La experiencia ha sido muy satisfactoria y hasta ha servido —o así me lo parece— para estrechar lazos, académicos en unos casos y en otros además personales, propiciado ello por el necesario y gratificante intercambio *epistolar*. Todas las conversaciones se quedan en nuestro corazón y algunas de ellas las mantendremos por siempre en el recuerdo.

León, 20 de julio de 2022

VALORES, FE EN EL DERECHO Y BUENOS MODALES

Juan Damián Moreno

Agradezco la amabilidad de mis compañeras Piedad González Granda y M^a Jesús Ariza, de quienes inicialmente partió la idea de organizar este merecido homenaje, de hacerme el honor de permitirme esbozar brevemente en la presentación de este Libro Homenaje algunos rasgos más relevantes de la personalidad de nuestro maestro, una obra a la que, por cierto, se han sumado tantos grandes amigos y compañeros.

Por eso, quisiera que mis primeras palabras fueran para expresar nuestra profunda gratitud a todos los que han decidido unirse a esta feliz iniciativa que hago extensiva por supuesto a aquellos a quienes, por diversas circunstancias, no han podido hacerlo, pero nos han hecho llegar sus mensajes de cariño y afecto hacia Valentín.

La carrera académica siempre tuvo algo de carrera de relevos; comentaba ORTEGA GASSET que cada generación se instala, no en cualquier parte, sino precisamente sobre la anterior. A quienes forman parte de una generación les corresponde retomar el testigo de la generación que le precede, sin la cual nada se explica y a la que está indisolublemente unida. Valentín nunca ha dejado de transmitirnos esta lección y ha mostrado su reconocimiento a la generación de procesalistas que le precedió, especialmente a su maestro.

Valentín tuvo un maestro inigualable y, cuando tiene oportunidad, aprovecha para recordarle y lo hace con profunda admiración; casi podemos decir que conocemos cómo era Emilio GÓMEZ ORBANEJA gracias a Valentín, pues pocos como él tuvieron la suerte de tratar con él de forma tan continuada.

Por eso, al pensar en qué título se le podría dar a esta obra, se nos ocurrió que seguramente no le agradaría más uno que evocara la figura de su maestro. Y así, de entre todos los trabajos de GÓMEZ ORBANEJA, creímos que el que a Valentín le ha influido con más intensidad era *El ejercicio de los derechos*, un libro que cuando se refiere a él, acostumbra casi automáticamente a añadir el subtítulo que le acompaña: *Variaciones sobre un tema de Thon*. Así pues, nos decidimos por éste, convencidos de que este guiño a la memoria de su maestro encantará a Valentín.

Todos los que le conocemos de cerca y hemos tenido la fortuna de haber podido compartir tantas vivencias juntos, sabemos de su insistencia hacia lo que él ha llamado los *problemas verdaderamente importantes* del Derecho Procesal, algo que desde luego ha ido calando en nuestra memoria como una lluvia fina hasta el punto de llegar a formar parte de nuestra personalidad, lo cual no supone tanto la conveniencia de abordar en nuestras investigaciones temas de mucha envergadura, como la conveniencia de afrontar el estudio de cualquier tema a la luz o bajo el prisma de las categorías fundamentales de nuestra disciplina, siendo conscientes, como nos recordara GÓMEZ ORBANEJA, de que el Derecho no es solo una realidad que se vive y que las sociedades van haciendo y deshaciendo en función de las necesidades, sino

que también es algo que se estudia, se ordena y cuyo conocimiento se transmite, clasifica y sistematiza.

Como recuerda Piedad, a Valentín siempre le ha importado de verdad tratar los temas sobre la base de una buena teoría, asentada además en las mejores fuentes y con la atención adecuada a los antecedentes y a las opiniones autorizadas de los mejores maestros del Derecho Procesal. Ninguno de nosotros hemos olvidado esta lección y hemos tratado, no solo de aplicárnosla a nosotros mismos, sino de transmitirla a los que nos rodean, sin duda convencidos de la importancia que para la formación de las nuevas generaciones de procesalistas tiene disponer de una buena base conceptual, lo cual a veces no es tarea fácil.

Y si fuera cierto, como ingeniosamente nos plantea la película protagonizada por Ed Sheeran, de que sin los *Beatles* no sería posible entender el mundo, no quería desaprovechar esta oportunidad que me brinda la presentación de esta obra para insistir a las nuevas generaciones de procesalistas que sin las aportaciones de nuestros clásicos tampoco es posible entender el mundo del Derecho Procesal y desde luego es responsabilidad nuestra descubrirselos.

Pero al tiempo que expresamos el orgullo que sentimos de habernos formado a su lado, y sabedores de lo difícil que nos va a resultar estar a su altura, queremos expresar igualmente nuestro reconocimiento a la generación a la que académicamente pertenece, que no es cualquiera, y a la que, a fin de hacerle justicia, habría que buscarle una denominación adecuada y homenajearla debidamente pues en nuestra opinión es difícil imaginar la historia del Derecho Procesal sin ellos.

A quienes nos formamos bajo los auspicios de esta generación, somos testigos privilegiados de que lo mucho que científicamente les debemos, pues lograron anticiparse las actuales garantías constitucionales y sentar las bases del moderno Derecho Procesal, muchas de las cuales tienen su origen en las aportaciones doctrinales que formularon.

Los profesores no somos robinsones, no somos como náufragos al que el mar nos hubiera arrastrado a una isla desierta y tuviéramos todo por descubrir; la ciencia necesita de la colaboración de todos, donde lo aprendido por unos, se acumula a lo descubierto por otros. ¡Qué sería de la universidad si no fuera así, si cada investigador, si cada profesor tuviera que empezar desde cero!

Para terminar, no querría dejar de destacar varias cualidades personales de que han dejado una huella en nuestra forma de ser y que caracterizan la manera de Valentín de entender la vida, que podríamos resumir en tres palabras: *valores, fe en el Derecho y buenos modales*, elementos que le llevan a actuar conforme a unos principios sólidos y a mostrarse frente a los demás con generosidad y humildad y con el mayor respeto hacia sus compañeros, a los que siempre ha tratado de ayudar en lo que ha podido, aunque él ha rehuido el protagonismo y nunca se ha atribuido el mérito de las pocas o muchas metas que hayamos podido alcanzar en nuestras carreras académicas.

Por eso, si tuviera que destacar una de entre las características personales de Valentín, yo me inclinaría por su capacidad de respetar a las personas que le rodean hasta el punto de que, sea como sea la persona que le trate, nunca le exigirá que deje de ser ella misma; le acepta como es, aunque no le guste.

Al igual que otros procesalistas ilustres, sus inquietudes intelectuales le han llevado a hacer incursiones en el mundo de la literatura: tiene publicadas ya dos excelentes novelas: *Todos eran sobrinos*, que describe fielmente la tierra que le vio nacer y la última, *El asunto Gozávez*, con claros trazos autobiográficos.

Tampoco ha renunciado a su responsabilidad como universitario de seguir expresando a través de su Blog su opinión sobre los asuntos de actualidad, lo que lleva a cabo ofreciendo cada día la *Otra opinión, la jurídica*, donde nos da su particular y atinada visión de los acontecimientos sociales y políticos examinados desde la perspectiva del Derecho.

En fin; muchos recordareis que en una de las más conmovedoras escenas de la película *Una mente maravillosa* se ve cómo, a través de un sencillo acto, los compañeros de John Nash le expresan públicamente su admiración entregándole sus plumas, unas plumas que representaban lo más valioso que tienen. Por eso, querido Valentín, quienes han participado en este libro desean con ello expresarte igualmente el reconocimiento y la gratitud que te mereces con lo más valioso que cada uno de ellos puede aportar: su ciencia.

Madrid, 25 de julio de 2022

HACIA UN NUEVO ESTATUTO PROCESAL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD COMO INVESTIGADA O ENCAUSADA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. VISIÓN CRÍTICA

Susana Álvarez de Neyra Kappler
*Profesora Contratada Doctora
Universidad Autónoma de Madrid*

*«La belleza del Universo no es solo la unidad de la variedad,
sino también la diversidad en la unidad».*
Umberto Eco¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La persona con discapacidad en nuestra actual Ley de Enjuiciamiento Criminal. 3. El nuevo modelo social de la discapacidad: la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y el proceso. 4. La persona detenida, investigada o encausada con discapacidad en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020. 4.1. El necesario cambio de paradigma. 4.2. Concepto de discapacidad y su determinación. 4.3. Los derechos específicos de la persona encausada con discapacidad. 4.3.1. Derecho a la autonomía o plenitud de facultades decisorias. 4.3.2. Derecho de defensa. 4.3.3. Derecho a participar eficazmente en el proceso. 4.3.4. Uso de lenguaje comprensible y accesible. 5. Articulación procesal de los derechos. 5.1. Prevenciones o medidas inmediatas. 5.2. Medidas provisionales de apoyo. 5.3. Incidente para la adopción de medidas. 5.3.1. Petición por el fiscal. 5.3.2. Petición por la persona encausada u otros familiares. 5.3.3. Procedimiento. 6. Las medidas cautelares personales y las personas con discapacidad. 6.1. Introducción. 6.2. La detención de la persona con discapacidad. 6.3. La libertad provisional. 6.4. El internamiento cautelar en establecimiento especial. 6.5. La prisión provisional atenuada. 7. Especialidades procesales. 7.1. En el caso de falta absoluta de capacidad procesal. 7.2. En el juicio oral. 8. Conclusiones.

1. Vid., *El nombre de la rosa*. Ed. Lumen. Madrid, 1982.

1. Introducción

Ya en 1882, fecha en la que se promulgó nuestra todavía vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim), destacaba ALONSO MARTÍNEZ², en la exposición de motivos de dicho texto, que la disputa del proceso penal se centraba entre el interés del Estado en perseguir los hechos punibles, procurando la satisfacción del interés social, y el del justiciable, quien, lejos de convertirse en un mero objeto de aquél, se configuraba como sujeto de derechos que el propio ordenamiento jurídico debía asegurar y garantizar. Buscaba la ley amparar y satisfacer los intereses de ambas partes, en un delicado equilibrio, afirmando que «sagrada es sin duda la causa de la sociedad, pero no lo son menos los derechos individuales»³. La víctima⁴ quedaba, en cierto modo, fuera de esta contienda, y la pretensión resarcitoria fue algo ajeno al proceso penal durante mucho tiempo, hasta el surgimiento y desarrollo de la victimología a partir de la segunda mitad del siglo XX⁵.

Por lo tanto, el proceso se entendía básicamente como una confrontación entre el propio Estado, representado en su papel acusador a través de la figura del Ministerio Fiscal, y el infractor, a quien se le iban reconociendo paulatinamente una serie de derechos, principios y garantías para su mejor defensa, influenciados por los postulados de la Revolución francesa.

Respecto de la víctima, nuestro sistema jurídico siempre tuvo para con ella, no obstante, cierta consideración especial, de modo que nuestra ley procesal regulaba diversas formas de participación de aquélla en el proceso, especialmente a través de la posibilidad de actuar como parte acusadora junto al Ministerio Fiscal, quien carece del monopolio de la acción penal. Dicho interés por la víctima se fue acrecentando con la aprobación de normas relativas a su protección (sobre todo, en materia económica⁶) y, de manera muy notable, tras la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, y la Directiva 2012/29/UE de normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, nacida con vocación de un reconocimiento íntegro de los derechos de las víctimas, como conjunto de mínimos que los Estados miembros deben garantizar en todo caso⁷. En España, la trasposición de esta Directiva desem-

2. Ministro de Gracia y Justicia de la época.
3. Seguía afirmando el ilustre jurisconsulto que «en los pueblos verdaderamente libres el ciudadano debe tener en su mano medios eficaces de defender y conservar su vida, su libertad, su fortuna, su dignidad, su honor; y si el interés de los habitantes del territorio es ayudar al Estado para que ejerza libérrimamente una de sus funciones más esenciales, cual es la de castigar la infracción de la ley penal para restablecer, allí donde se turbe, la armonía del derecho, no por esto deben sacrificarse jamás los fueros de la inocencia, porque al cabo el orden social bien entendido no es más que el mantenimiento de la libertad de todos y el respeto recíproco de los derechos individuales».
4. Tradicionalmente la LECrim la ha venido denominando ofendido o perjudicado por el delito.
5. Se afirma que el primer tratamiento sistemático de las víctimas del crimen apareció en 1948 en el libro de Hans VON HENTIG, *El criminal y su víctima*, quien ha sido considerado junto con Benjamín MENDELSON, los padres del estudio de la victimología en el derecho penal, para referirse al tratamiento sistemático de las víctimas del delito. VON HENTIG, bajo el provocativo título de «Contribución de la víctima a la génesis del delito», criticaba el estudio estático unidimensional del delincuente que había dominado la criminología hasta entonces, surgiendo, en su lugar, un nuevo enfoque dinámico y diádico que prestaba la misma atención al criminal y a la víctima. El término victimología fue acuñado en 1949 por Frederick WERTHAM, quien lo utilizó por primera vez en su libro *El espectáculo de la violencia*. Greenwood Publishing Group; Edición New ed., 1949.
6. Así, p.ej., La Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.
7. ARIZA COLMENAREJO, M.^a J., «Tratamiento procesal de las personas con discapacidad intelectual

bocó, finalmente, en la aprobación del Estatuto de la Víctima del Delito de 2015⁸. Dicha regulación supuso un verdadero punto de inflexión en esta materia, pues, de forma conjunta y homogénea, el Estatuto pasó a regular, no ya sólo la protección de la víctima, sino, de manera reforzada, la de víctimas que precisaban de una especial atención debido a su vulnerabilidad, como en el caso de menores, en el ámbito de los delitos con connotaciones de género, y también en personas con discapacidad⁹.

2. La persona con discapacidad en nuestra actual Ley de Enjuiciamiento Criminal

Pues bien, a pesar de que siempre ha habido una especial preocupación por la salvaguarda de los derechos del detenido, imputado o acusado, investigado o encausado, curiosamente la ley no ha ofrecido una especial —y necesaria— protección a las personas con discapacidad infractoras de la ley penal, a diferencia de lo que ha ocurrido con relación a las víctimas de los delitos que presentaran algún tipo de discapacidad. La configuración de un estatuto procesal propio de las personas con discapacidad como investigadas o encausadas en el proceso penal es una tarea que, a día de hoy, aún no ha sido acometida, salvo por medio de unas cuantas normas dispersas para la *efectiva*¹⁰ salvaguarda de sus derechos¹¹, aún siendo innegable la concienciación social, jurídica y política al respecto. El propio Tribunal Constitucional ha hecho una llamada de atención al legislador en diferentes sentencias¹², afirmando que la falta de regulación específica constituye «una omisión que trasciende la mera cuestión técnica de la integración de la capacidad procesal y abarca aspectos tan capitales como la necesaria previsión de medidas cautelares idóneas para los casos de inimputabilidad que carecen en nuestro ordenamiento vigente de una mínima cobertura legal».

Esos escasos ajustes que se han ido introduciendo en nuestra decimonónica LECrim, como adelantábamos, vienen referidos especialmente a la información de derechos que se produce tras la detención de una persona en la que se detecta una discapacidad, como consecuencia de la trasposición a nuestro ordenamiento jurídico de la normativa europea¹³.

De este modo, el art. 520.2 h), recoge el derecho de ser asistido de forma gratuita por un intérprete en el caso de personas sordas o con discapacidad auditiva, así como

como víctimas», en *Los llamados colectivos vulnerables en el proceso penal: de la teoría a la práctica*. Coord. ÁLVAREZ DE NEYRA, S. Ed. Reus. Madrid, 2020, pág. 75.

Para la evolución de la normativa europea, vid. PLANCHADELL GARGALLO, A., «La víctima en el nuevo Código procesal penal desde la perspectiva de las exigencias europeas», en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. Director MORENO CATENA, V., Valencia, 2014, pág. 157 y sig.

8. Ley 4/2015, de 27 de abril.
9. 1 de cada 100 personas en España tiene discapacidad intelectual o del desarrollo. Hay más de 268 mil personas con una discapacidad intelectual reconocida (con grado igual o superior al 33%). Esto supone un 9% del total de personas con discapacidad reconocida en España. Pero es evidente que puede haber personas con discapacidad intelectual que, o bien no saben que la tienen, o bien no disponen del certificado de discapacidad.
10. Dicho sea con ironía.
11. En concreto, a lo largo de todo el extenso articulado de la LECrim, hay tan sólo 18 referencias a las personas con discapacidad, incluyendo las que se hacen a las víctimas.
12. SSTC 217/2015 y 84/2018.
13. Por ley 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

de otras personas con dificultades del lenguaje. Por su parte, el art. 520.2 bis señala que la información de los derechos a los detenidos se deberá facilitar siempre en un lenguaje comprensible y que resulte accesible al destinatario, debiéndose adaptar a tales efectos la información que se le ofrezca 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. En similar sentido, el art. 118, que reconoce el derecho a toda persona a quien se atribuya un hecho punible a que se le facilite la información de sus derechos en un lenguaje comprensible, que resulte accesible y en formato adaptado. El apartado 4 del artículo 520, recoge que, en los casos de personas con capacidad modificada judicialmente, se deberá comunicar el contenido de los derechos a las personas que ejerzan la tutela o guarda de hecho, dando cuenta al Ministerio Fiscal. Finalmente, habría que hacer una breve mención al art. 123 que, en su apartado 6, reconoce sucintamente las interpretaciones orales o en lengua de signos¹⁴.

La modificación de la redacción de los mencionados preceptos en el año 2015 es, en gran medida, fruto de las previsiones del llamado *Programa de Estocolmo* de la Unión Europea. Dicho programa constituía un plan de la UE para incrementar y consolidar la seguridad en el interior del territorio de la Unión, reforzar el espacio de libertad, seguridad y justicia, con medidas centradas en los intereses y las necesidades de los ciudadanos, con el fin último de conseguir una Europa segura donde se respeten los derechos y las libertades fundamentales de todos.

En el marco de dicho Programa se aprobaron diversas Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo de especial importancia en la materia que nos ocupa. Así, la Directiva 2010/64/UE de 20 de octubre de 2010 relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales; la Directiva UE 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales; la Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad; la Directiva 2016/343/UE, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, y, por último, la Directiva 2016/1919/UE, relativa a la asistencia jurídica gratuita.

Ya centrándonos en las personas con discapacidad en el proceso penal, es necesario destacar la Recomendación de la Comisión Europea de 27 de noviembre de 2013, sobre garantías procesales para sospechosos vulnerables y personas acusadas en procesos penales. Las previsiones de dicha Recomendación se centraban en los investigados y encausados que no fueran capaces de comprender y participar de forma efectiva en los procesos penales debido a su discapacidad (edad o condición física o mental), estableciendo unas normas mínimas para la protección de los derechos procesales de estas personas y unos mecanismos de rápida detección y reconocimiento de la vulnerabilidad¹⁵. Asimismo, reconoce la posibilidad de que un experto independiente examine el grado de vulnerabilidad, para así poder hacer frente a la necesidad de asistencia y apoyo adecuados. Por último, interesa destacar

14. Hay alguna otra mención, como la recogida en el art. 260, referida a la exención de denunciar delitos públicos de los «faltos de uso de razón».

15. Sin embargo, lo cierto es que la discapacidad intelectual no siempre se aprecia a simple vista y, por tanto, no se detectan sus necesidades de apoyo durante los procedimientos tanto en sede policial como judicial, por lo que no se tienen en cuenta al valorar la responsabilidad penal, al establecer la forma y lugar de cumplimiento, o a la hora de establecer apoyos cuando se produce un ingreso en prisión. «A cada lado. Informe sobre la situación de personas con discapacidad intelectual reclusas y ex-reclusas en España». Coord. DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, I. Ed. Plena inclusión 2020. Madrid, pág 12.

que la Recomendación insta a los Estados miembros a evitar la repetición indebida de preguntas, grabando los actos en los que las personas con discapacidad tomaran parte.

Sin embargo, y como ya hemos tenido ocasión de poner de manifiesto, las menciones que hace la LECrim a personas con discapacidad, son escasas, y, las que hay, casi todas son desde el punto de vista de la víctima o de casos necesitados de especial protección. Todas las personas con discapacidad inmersas en el curso de un proceso penal requieren de una atención especial e inmediata, pues generalmente se encuentran con múltiples inconvenientes, barreras y dificultades en el acceso a la justicia penal. Falta una visibilización, una toma de conciencia del problema; saber detectar la discapacidad y saber cómo proceder una vez que dicha discapacidad se hace patente; ya sea desde el punto de vista del infractor o de la víctima.

Debemos partir del hecho de que la mayoría de las personas que presentan una discapacidad, lo es en grado leve o moderado, de tal forma que, si los operadores jurídicos no están debidamente concienciados y preparados, no sabrán detectar esta incapacidad, no pudiéndose introducir, en consecuencia, los necesarios ajustes. Por otra parte, las personas con discapacidad han *aprendido* que reconocer su discapacidad no les supondrá necesariamente una ventaja o un beneficio, pues en demasiadas ocasiones han sido objeto de burlas o, simplemente, de falta de entendimiento o empatía. Es por ello que no siempre van a ser colaborativas (p.ej., mostrando su identificación como persona con discapacidad), lo que requiere de un plus de preparación de las primeras autoridades u organismos que tengan contacto en el ámbito penal con estas personas (policías, jueces, letrados, etc.)¹⁶.

A ello se le une el grave inconveniente que para una persona con discapacidad supone que, desde el mismo momento de la detención, sean muchas las personas con las que va a tener contacto y muchos los actos que no siempre va a entender si no se utiliza un lenguaje adaptado (sea este el que fuere). La complejidad procesal, la tramitación del proceso, las estrategias procesales y sus consecuencias, etc., si ya de por sí suponen una incuestionable dificultad para una persona sin discapacidad, con mucha más razón para quien sí tiene una discapacidad.

La real y efectiva protección de todos los derechos en juego, requiere que los afectados puedan acceder a la información y comprensión de los mismos y de lo que acontece a lo largo del curso de un proceso penal, de forma que realmente puedan conocer aquéllos y beneficiarse de los mismos. Pues bien, siendo esto así, en muchas ocasiones el propio lenguaje jurídico supone una traba para ese entendimiento, por utilizar términos, expresiones, giros idiomáticos, conceptos, tiempos verbales..., de no siempre fácil comprensión, lo que se agrava cuando los afectados, pasiva o activamente, tienen una discapacidad psíquica o intelectual. El lenguaje jurídico es un lenguaje en ocasiones arcaico, con términos procedentes del latín y alejados del lenguaje actual; es, además, un lenguaje técnico que presenta una serie de características especiales que, en demasiadas ocasiones, aleja su comprensión de sus propios y verdaderos destinatarios. Si a ello unimos la complejidad del metalenguaje utilizado por los propios juristas (amén del argot que también se usa entre los profesionales del derecho), el lenguaje jurídico en demasiadas ocasiones puede inducir a error a los ciudadanos, con o sin discapacidad, por lo que sería necesario revisar este planteamiento. Muchas veces tienen, además, un significado propio, distinto al del lenguaje común: casar sentencias, dictar un auto, fallar una sentencia, el letrado (confundir abogado con secretario judicial), celebrar una vista, etc. Aforismos, brocárdicos, máximas y principios generales del derecho forman parte de ese lenguaje jurídico que es necesario acercar al justiciable, máxime si éste tiene una dificultad añadida para el entendimiento de aquél.

16. Vid., GÓMEZ-CARRILLO DE CASTRO, M., «Derechos de la persona con discapacidad y la detención», en *Los llamados colectivos vulnerables en el proceso penal: de la teoría a la práctica*. Coord. ÁLVAREZ DE NEYRA Ed. Reus. Madrid, 2020, pág. 42.

**VARIACIONES SOBRE UN TEMA:
EL EJERCICIO PROCESAL DE LOS DERECHOS**
LIBRO HOMENAJE A VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ

Constituye la presente obra una contribución en homenaje al catedrático de Derecho Procesal D. Valentín Cortés Domínguez, preparada por sus discípulos con el apoyo de los colegas y amigos que han querido sumarse a la celebración, que trae causa del cumplimiento este año en curso del cuarenta aniversario de su llegada a la cátedra en la Universidad Autónoma de Madrid.

DIRECCIÓN

Piedad González Granda, Juan Damián Moreno, María Jesús Ariza Colmenarejo.

AUTORES

Susana Álvarez de Neyra Kappler, Pedro Álvarez Sánchez de Movellán, M.^ª Jesús Ariza Colmenarejo, Alicia Armengot Vilaplana, Teresa Armenta Deu, José María Asencio Mellado, Silvia Barona Vilar, Raquel Bonachera Villegas, José Bonet Navarro, Federico Bueno de Mata, Lorenzo Bujosa Vadell, Manuel Cachón Cadenas, Sonia Calaza López, M.^ª Pía Calderón Cuadrado, Raquel Castillejo Manzanares, Rafael Castillo Felipe, Ignacio Colomer Hernández, Luis-Andrés Cucarella Galiana, Juan Damián Moreno, Ignacio Díez-Picazo, José Francisco Etxeberria Guridi, Ignacio Flores Prada, Leticia Fontestad Portalés, Candela Galán González, Juan-Luis Gómez Colomer, Fernando Gómez de Liaño González, Jesús María González García, Piedad González Granda, Ramón Herrera Bravo, Rafael Hinojosa Segovia, Raquel López Jiménez, Antonio María Lorca Navarrete, Fernando Martín Diz, José Martín Ostos, Pilar Martín Ríos, Víctor Moreno Catena, María Lourdes Noya Ferreiro, Francisco Ortego Pérez, Manuel Ortells Ramos, Blanca Otero Otero, Sabela Oubiña Barbolla, María Graciela Pahul Robredo, M.^ª Ángeles Pérez Marín, Esther Pillado González, Francisco Ramos Méndez, José-Alberto Revilla González, Nicolás Rodríguez-García, M.^ª Isabel Romero Pradas, Eva Isabel Sanjurjo Ríos, Gregorio Serrano Hoyo, Rocío Zafra Espinosa de los Monteros.

