



Universidad de Oviedo
Universidá d'Uviéu
University of Oviedo

Facultad de Derecho

MASTER DE ABOGACÍA

TRABAJO FIN DE MASTER

LA PENA DE BANQUILLO COMO VULNERACIÓN DEL DERECHO DE
DEFENSA

Alumno: Gonzalo Fernández De La Riva

Convocatoria: Ordinaria segundo semestre

RESUMEN

El procedimiento penal español ha sufrido una evolución a lo largo de los años en los cuales ha ido siguiendo una tendencia clara, obtener un procedimiento absolutamente garantista. Los esfuerzos del legislador por alcanzar dicho objetivo se ven reflejados en la estructuración del proceso en consonancia con derechos fundamentales y garantías constitucionales que ofrezcan un enjuiciamiento democrático. Sin embargo, en el desarrollo de dicho procedimiento podemos encontrar ciertos usos o elementos escenográficos que lejos de carecer de importancia pueden llegar a suponer una verdadera vulneración de los derechos de la parte. Partiendo de la Sentencia del Tribunal Supremo del 24 de febrero 2021, analizaremos esta problemática y sus efectos.

ABSTRACT

Spanish criminal procedure has undergone an evolution over the years in which it has been following an obvious trend, to obtain a procedure with absolute guarantees. The legislator's efforts to achieve this objective are reflected in the structuring of the process in accordance with fundamental rights and constitutional guarantees that offer a democratic prosecution. Nevertheless, in the development of the aforementioned procedure, we can find certain uses or scenographics elements which, far from being unimportant, can lead to a real infringement of the rights of the party. Based on the Supreme Court sentence of 24 February 2021, we will analyze this problem and its effects.

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

CE.....	Constitución Española de 1978
DDFF.....	Derechos fundamentales.
LECRIM.....	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LOTJ.....	Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado
LEC.....	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LOPJ.....	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Índice

RESUMEN.....	2
ABSTRACT	2
ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS	3
1.- INTRODUCCIÓN.....	5
1.2 EL DERECHO DE DEFENSA.	6
2. ANÁLISIS DE LA STS 167/2021	9
2.1.- VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA EFECTIVA.	10
3. CONSECUENCIAS DE LA PENA DE BANQUILLO	16
4. POSIBLES SOLUCIONES	18
4.1 ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.....	18
4.2. ARTÍCULO 42.2 DE LA LEY DEL JURADO.....	20
4.3 EL CONCEPTO DE “CONTEMPT OF COURT”	22
4.4 PROCEDIMIENTOS SIN DILACIONES INDEBIDAS	23
5. LA PENA DE BANQUILLO FRENTE A LA PROTECCIÓN DEL MENOR	24
CONCLUSIONES	26
BIBLIOGRAFÍA	29

1.- INTRODUCCIÓN.

La constitución Española de 1978 estableció de manera implícita una misión dirigida a los organismos legisladores, la elaboración de un procedimiento penal propio, moderno, democrático y fundado en un estricto cumplimiento de los derechos fundamentales de los elementos que en él participan.

Sin duda alguna, la evolución legislativa da buena cuenta de esta intencionalidad, el procedimiento de nuestro país ha pasado por tres sistemas que culminan en el actual acusatorio formal. De la transformación de un sistema acusatorio puro a uno inquisitorial y que finalmente desemboca en el ante citado acusatorio formal. De esta cambios de sistema, se desprende un tendencia garantista y renovadora buscando un modelo de procedimiento que no solo busca la efectividad, sino que también tiene muy en cuenta el cómo se lleva a cabo la intervención en la esfera individual de la ciudadanía incluyendo ,para ello, mecanismos que permitan limar los posibles perjuicios que los derechos fundamentales de los mismos puedan sufrir. Una evolución a todas luces natural, ya que el simple paso del tiempo, el cambio de tendencias socioeconómicas, el surgimiento de nuevos bienes jurídicos a proteger, las morales sociales y en definitiva la propia evolución de las sociedades humanas, moldean la legislación de los estados en consonancia con las nuevas épocas, en el caso de nuestro país.

No solo las Constituciones de 1812, 1869 y 1876 han contribuido a este procedimiento renovador si no que , “*el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835, la Ley provisional reformada prescribiendo reglas para la aplicación del Código Penal de 1850, la Ley de la Casación de 1870, la Ley Orgánica Provisional del Poder judicial de 1870, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872, la Compilación General de Enjuiciamiento Criminal de 1879, y la Ley Adicional a la Orgánica del Poder Judicial de 1882*”¹ han sido responsables de establecer el rumbo hacia la modernización del procedimiento penal.

Las constituciones Europeas modernas llevaron a cabo un desarrollo poniendo especial atención en los DDF, que tienen su origen en el concepto de un “proceso debido”, y en consecuencia las leyes que reconocen los derechos del acusado fueron adquiriendo cada vez más presencia. En este concepto de “proceso debido” hace referencia a aquel proceso

¹ Gómez Colomer, JL. “*Introducción al derecho penal Español*”, In Nuevo Foro Penal, Abril de 1985. Pag 184.

garantizado por la ley y cuyo fundamento lo encontramos en una serie de principios surgidos de la abolición de sistemas inquisitoriales que carecía de control público.²

Con este “proceso debido” objetivo como fin principal, el legislador incluye lo que se conoce como garantías penales. *“Entre las garantías sustanciales se encuentran los principios de estricta legalidad, taxatividad, lesividad, materialidad y culpabilidad. Entre las garantías procesales están los principios de contradicción, la paridad entre acusación y defensa, la separación rígida entre juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la judicatura y el principio del juez natural”*³

De la misma manera, la Constitución Española en sus artículos 24 y 25 reconoce una serie de principios dirigidos a la protección de los DDFD de las partes y limitar el Ius Puniendi del estado. Este conjunto de facultades que son puestas a disposición del individuo son las que nos legitiman a asegurar que el procedimiento es efectivamente garantista y que sigue la filosofía de que un castigo obtenido a cualquier precio termina por no ser justicia. Precisamente por esta razón se dota a las partes, en este caso me interesa la figura del infractor, del derecho a una tutela judicial efectiva, a una defensa letrada y a un procedimiento sin dilaciones indebidas.

No son los expuestos los únicos DDFD que ostentan las partes, lejos de pretender analizarlos de manera concienzuda, tema sobradamente tratado, creo que el subrayar su importancia dentro del procedimiento refuerza la idea a transmitir, en especial, el del derecho de defensa, por ser aquel DDFD vulnerado en el caso sobre el que se erige el presente estudio.

1.2 EL DERECHO DE DEFENSA.

En palabras del Magistrado de Jesús María Barrientos *“El aforismo que mejor describe los efectos del derecho a la defensa es el que afirma que “nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio”, que lleva implícita la necesidad de que todo acusado sea informado de los hechos que se le atribuyen y que pueda desplegar frente a ellos las pruebas*

²García-Perrote Forn, ME. *“Proceso penal y juicios paralelos”*, Atelier Libros S.A., Barcelona, España, 2016, pag 172

³Vilchez Gil, A. *“Garantismo penal, crisis del derecho”*. Foro FIC, 2018, pag 9.

y alegaciones defensivas oportunas”⁴. Es decir, todos los justiciables tienen derecho a la autodefensa, a participar en un proceso rebatiendo las posiciones alegadas de contrario.

Si bien es cierto que el derecho de defensa es exigible en ambas partes del procedimiento, nosotros nos ceñiremos al caso que posteriormente analizaremos y nos centraremos en las manifestaciones de este DDF en la figura del acusado, abordándolo desde la perspectiva del derecho a asistencia letrada efectiva.

Existe un debate jurídico que se plantea si el derecho de defensa y el derecho a la asistencia letrada efectiva son, a fin de cuentas, el mismo derecho. Si acudimos a los textos legales, el artículo 10.2 de la CE acude a la declaración internacional de los Derechos Humanos y los tratados internacionales para la regulación de los derechos fundamentales. Y es precisamente en esta declaración, más tarde volveremos a ella en el análisis de la sentencia, donde se establece el derecho de autodefensa. Sin embargo, los artículos 24.2 y 17.3 de la CE establecen como derecho fundamental la asistencia letrada tanto para el acusado como para el detenido, sembrando así, la duda de la prevalencia y la naturaleza de ambos derechos.⁵

La interpretación jurídica de los textos se inclina por considerar el derecho de defensa como un derecho subjetivo con un reconocimiento constitucional “*in tuitupersonae*” que únicamente es susceptible de delegación por decisión de aquel que lo ostenta, “*Y se trata, además, de un derecho de libertad que, como tal, conlleva ineludiblemente el riesgo de equivocarse al ejercerlo. El derecho de defensa no es un derecho que deba ser tutelado por los poderes públicos: de la decisión de autodefenderse y sus consecuencias sólo ha de responder el titular del derecho*”.⁶

Por lo tanto, al tratarse de un derecho de tal entidad, su limitación debe responder a motivos fundados y solo el legislador podrá ejercer tal potestad. Sin embargo, la autodefensa puede generar una gran variedad de situaciones en las que no pueda asegurarse el funcionamiento eficaz de la Administración de Justicia, por ende, el legislador establece la preceptividad de la asistencia técnica para ciertos procesos. Aunque a fin de cuentas el

⁴ Barrientos Pancho, JM. “*El derecho de defensa en el proceso penal*”, Práctico procesal penal, Abril 2022. Pag 1.

⁵ Caamaño, F. “*El derecho a la defensa y asistencia letrada. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes*”, pag. 113.

⁶Caamaño, F. “*El derecho a la defensa y asistencia letrada. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes*”, Revistas del INAP, Cuadernos de Derecho Público. 1997-2007. Número 10, mayo de 2000. Pag 115.

derecho de autodefensa queda relegado únicamente a los casos en los que el legislador ha decidido permitirlo.

Ejemplo de ello es el artículo 118 de la LECRIM que establece que *“Toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comuniquen su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá, sin demora injustificada”*⁷, posteriormente según el apartado tres del mismo artículo *“Para actuar en el proceso, las personas investigadas deberán ser representadas por procurador y defendidas por abogado”*⁸. De esta manera el legislador configura el derecho a la asistencia letrada como una garantía de eficacia del derecho general de defensa.

Como podemos ver, existe un gran esfuerzo legislativo que se extiende a lo largo de años por minimizar la intervención penal y limitar sus efectos a los estrictamente legales. El legislador otorgando medios y derechos a las partes que componen el procedimiento ha ido trazando un camino con una clara tendencia, la elaboración de un procedimiento democrático, compatible con las sociedades modernas y en el cual se tiene en cuenta cuales son los estragos o perjuicios que el paso por el procedimiento produce a la esfera personal del individuo y sobre todo, llegar a obtener un modelo procedimental capaz de reparar el bien jurídico lesionado a la vez que establece garantías jurisdiccionales ante las extralimitaciones.

Sin embargo, durante todo este proceso evolutivo han ido sobreviviendo ciertos aspectos del pasado. Con esta afirmación no me refiero a la presencia que tienen el sistema inquisitorial y el acusatorio puro en el vigente, ya que es evidente que ambos son elementos base del enjuiciamiento criminal español. Si no a ciertas cuestiones, estrictamente procedimentales, que a fuerza de costumbre o falta de planteamiento, ya que es innegable que la LECRIM sufre de una excesiva longevidad, se mantienen impertérritos dentro de las salas de vista.

Dichos usos forenses se repiten día tras día en miles de procedimientos y lo que pueden parecer cuestiones que carecen de importancia, susceptibles de ser tildados de meras cuestiones estéticas que nada influyen en el cumplimiento o no de los principios rectores del

⁷Art. 118.1. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁸ Art. 118.3 Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

procedimiento penal, terminan convirtiéndose en verdaderas agresiones a los DDFD de los elementos que en él participan y producen un efecto deshumanizador que recae especialmente en la figura del acusado.

2. ANÁLISIS DE LA STS 167/2021

Con los antecedentes de los antecedentes que hemos establecido, me interesa extraer la idea de progreso y modernización del procedimiento y como los DDFD y las garantías constructivas han ido permeando toda la estructura procedimental. Teniendo presente lo mencionado, podemos entender el impacto que supone el hecho de que un elemento escenográfico y característico del procedimiento penal Español entre en conflicto directo con un DDFD.

En la reciente sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 167/2021, del 24 de febrero 2021, encontramos un escenario ideal para realizar el estudio. En la presente sentencia se estudian cuestiones tales como la incongruencia de la fórmula de remisión que contiene el artículo 198 del Código Penal tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo o la vulneración del principio de igualdad de armas por indebido reconocimiento de la legitimidad para ejercer la acción particular. Sin embargo, el motivo por el cual esta sentencia ha sido puesta bajo los focos mediáticos, al menos en los círculos del derecho, y por el cual adquiere importancia para el tema que nos ocupa, ha sido el reconocimiento del derecho del acusado a ocupar en la sala de vistas un lugar junto a su abogado, uno de esos usos forenses o escenográficos antes mencionados que se configuran casi como un carácter distintivo del proceso penal Español.

A título explicativo, vamos a exponer los antecedentes para entender mejor el contexto en el que se suscitan estas cuestiones. El Juzgado nº. 1 de Miranda del Ebro instruyó Diligencias Previas por delitos de descubrimiento y revelación de secretos y falsedad en documento oficial que remitió a la Audiencia Provincial de Burgos que dictó sentencia nº 58/2019 en fecha 25 de febrero de 2019 condenando a tres años y siete meses de prisión, inhabilitación absoluta para el desempeño de cargos públicos durante seis años y la pérdida de la condición de policía local que ostentaba el acusado. Pues bien, ante tal fallo, la defensa cuya dirección letrada la asumió el abogado Fernando Vecino Prada, interpuso recurso de casación por infracción de precepto constitucional articulado sobre seis motivos principales en su redacción original, reorganizados y sintetizados en cuatro por el tribunal en pro de la claridad

argumentativa. Para hablar en los mismos términos que en la sentencia atenderemos a la reestructuración basada en esos cuatro motivos principales, concretamente en el primero.⁹

2.1.- VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA EFECTIVA.

El primer motivo que articula el recurso, séptimo en su redacción original, denuncia al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la vulneración del derecho de defensa garantizado en el ya mencionado artículo 24.2 CE, según el cual *“todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”*.¹⁰ La parte recurrente consideró vulnerada la equidad del proceso así como la defensa letrada efectiva ante el rechazo por parte de la sala de la posibilidad de que el acusado ocupase un lugar junto o, al menos cercano, a su abogado.

La argumentación utilizada introdujo cuestiones que la sala no pudo ignorar, ya que la propia eficacia del procedimiento depende de un escrupuloso respeto por los derechos fundamentales y por los principios de justicia y equidad. Por ende, a raíz de lo alegado en el recurso, la sentencia reflexiona sobre la conservación de los mismos y la garantía de la presunción de inocencia, así como, sobre la incongruencia de algunas prácticas que día de hoy siguen presente en el procedimiento penal a golpe de costumbre. Para ello establece que *“La dirección de la vista reclama un decidido y activo compromiso con las finalidades comunicativas del acto procesal y con los valores constitucionales y metajurídicos que deben configurarlo. Entre otros, la efectiva garantía de los derechos a la igual consideración y respeto, a la defensa y a la presunción de inocencia como regla, además, de tratamiento. El juicio oral es, también, un acto de reconocimiento a las personas que intervienen en el mismo de su condición de ciudadanas, de titulares de derechos. Una verdadera precondition para su efectivo ejercicio. Por ello, cuestiones "escénicas" como las de la ubicación de las partes en la sala de justicia, la posición en la que deben participar o los mecanismos de aseguramiento de las personas que acuden como acusadas pueden adquirir una relevancia*

⁹ STS ECLI:ES:TS:2021:811 del 21 de febrero de 2021. Pag 2.

¹⁰ STS ECLI:ES:TS:2021:811 del 21 de febrero de 2021 Pag 9

muy significativa".¹¹ Es decir, la sala acepta la posibilidad de que el resultado del procedimiento no dependa únicamente de las actuaciones de las partes y las pruebas practicadas si no que existen elementos, que la propia sentencia califica de escenográficos, que de manera indirecta e inconsciente pueden influir en aquellos que participan en el desarrollo del juicio, de ahí la relevancia de las mismas. No podemos obviar que las cuestiones estéticas que rodean al mundo de la justicia tienen una finalidad, y no poco importante, y es conseguir otorgar al acto de la vista la solemnidad y la protocolización necesaria para abordar las cuestiones que se sustancian. Desde la propia indumentaria de los miembros del poder judicial, el lugar en el que se sitúan, la posición de las partes, la propia sala... todo ello tiene una importancia y un propósito, por lo tanto, no es una cuestión baladí el llamado "banquillo" donde debe colocarse el acusado y las implicaciones que eso conlleva.

Como hemos dicho en el apartado antes estudiado, nuestro procedimiento proviene de la época inquisitorial que, si bien en sus inicios supuso un gran avance con respecto a los sistemas meramente acusatorios, ha sido necesario un proceso de evolución natural de mano de la modernización del pensamiento, que ha resultado en un sistema mayoritariamente garantista. Sin embargo, el citado procedimiento no está exento de ciertos convencionalismos que por falta de planteamiento no han sido discutidos durante largo tiempo, El tribunal da buena cuenta de ello cuando habla de *"una concepción histórica determinada y, sobre todo, a una plasmación de un imaginario simbólico que no se ajusta de la mejor manera posible a las exigencias constitucionales y convencionales de garantía del derecho a un proceso justo y equitativo."*¹² y alude a la inercia de la costumbre como principal causante de este tipo de prácticas.

Prueba de ello es el lugar que ha de ocupar el acusado dentro de la sala de vista, recordemos, que en la Ley de Enjuiciamiento Criminal no existe precepto alguno que regule el dónde debe sentarse el investigado, como mucho, podemos encontrar una anecdótica referencia en la redacción del artículo 786 bis, añadida por la Ley 37/2011, de 10 de octubre de medidas de agilización procesal, se menciona que el representante de la persona jurídica inculpada deberá ocupar *"el lugar reservado para los acusados"*¹³. Este lugar incierto

¹¹ STS ECLI:ES:TS:2021:811 del 21 de febrero de 2021, Pag 9

¹² STS ECLI:ES:TS:2021:811 del 21 de febrero de 2021, Pag 9

¹³ Art 786 bis. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

corresponde a lo que la propia sentencia llama “*banquillo*”, y según la escenografía tradicional de nuestro sistema que en tantas ocasiones hemos visto en los medios de comunicación, suele situarse en el medio de la sala, a una distancia insalvable del abogado defensor.

Esta cuestión lejos de ser irrelevante es susceptible de convertirse en una agresión directa al derecho de una defensa letrada efectiva. El acusado queda relegado a una posición de mero observador sin ningún tipo de intervención en el proceso de defensa, cuestión inconcebible según las palabras del magistrado, que considera que aun asumiendo la cesión de parte de la defensa en virtud del letrado, no es justificación suficiente para que el denunciado se convierta en un mero “*convidado de piedra*”. De hecho, el artículo 6.3 c) de la Convención Europea de Derechos Humanos establece el derecho a “defenderse a sí mismo o ser asistido por un abogado”¹⁴, la importancia de este artículo reside en el término “asistido” ya que se entiende que el derecho a la defensa está ejercido por la persona acusada, siendo el letrado el que le asiste en esa tarea, por lo tanto, carece de lógica que la persona acusada en un procedimiento penal se encuentre aislado y no tenga absolutamente ninguna intervención en la dirección técnica de su defensa. Esta cuestión se ha hecho eco en Europa ya que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado afirmando que el derecho del acusado a la defensa conlleva el de poder de “*dirigir realmente su defensa, dar instrucciones a sus abogados, sugerir el interrogatorio de determinadas preguntas a los testigos y ejercer las demás facultades que le son inherentes*”.¹⁵

El tribunal, lejos de defender de forma incondicional el sistema procesal penal, es él mismo, el que define la deslocalización sufrida por el investigado, afirmando que se encuentra “*de frente al tribunal, a las espaldas, por tanto, del espacio de práctica probatoria y, no con menos frecuencia, a una distancia insalvable del abogado defensor*”¹⁶. Y es en lo relativo a encontrarse a las espaldas del desarrollo de la práctica probatoria, donde reside uno de los aspectos más influyentes en lo que a al DDF de defensa del investigado se refiere. Como sabemos, en el desarrollo de todo procedimiento judicial sigue unas pautas fijas conocidas incluso por los más legos en derecho. En un análisis sintético y simplificado, ya que la descripción del procedimiento penal no es el tema que nos ocupa, en primer lugar las partes formulan las alegaciones, después se intenta hallar las coincidencias entre lo alegado y lo

¹⁴ Art. 6, Convenio Europeo de derechos humanos.

¹⁵ STS ECLI:ES:TS:2021:811 del 21 de febrero de 2021 Pag 10

¹⁶ STS ECLI:ES:TS:2021:811 del 21 de febrero de 2021 Pag 9

acontecido y finalmente el juzgador se pronuncia zanjando la cuestión planteada. Por ende, la prueba constituye el presupuesto fundamental en el que se basa la convicción del juzgador por los hechos anteriormente alegados. El convenio Europeo de Derechos Humanos en su ya mencionado artículo 6 referente al derecho a un proceso equitativo reconoce el derecho a la prueba en su apartado 3, en el que dispone que todo acusado tiene derecho a “disponer de las *facilidades necesarias para la preparación de su defensa*”¹⁷ entre las cuales se encuentra de manera inequívoca la práctica efectiva de la prueba. De la misma manera, dentro del ya tan citado artículo 24 CE se reconoce el derecho a “*a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa*”¹⁸. De la regulación antedicha, se puede inferir cuál es el lugar que ocupa la prueba dentro del procedimiento penal, articulándose como uno de los pilares fundamentales del derecho a la defensa y a la presunción de inocencia. Por eso, podría tildarse de incoherente, que el investigado, no pueda observar el desarrollo del procedimiento probatorio sobre el que va a fundarse el convencimiento del tribunal, que va a tomar la decisión sobre nada más y nada menos que su libertad en algunos casos. Esta cuestión supone otro motivo más que apoya la teoría del investigado como convidado de piedra, la exclusión de este sujeto del procedimiento durante el acto de la vista es tal que su única función es esperar impasible a que el resto de las partes lleven a cabo sus actuaciones, relegado en el sitio que se le reserva con una nula capacidad de intervención.

La cuestión no es baladí, ya que una vulneración de tal calibre del derecho a la defensa supondría la nulidad de todo el acto y por ende de la condena. El Tribunal pone sobre la mesa esta cuestión, preguntándose si realmente podemos asegurar de manera categórica que nos encontramos ante un vicio del derecho a la asistencia letrada efectiva y por ende el principio de equidad establecido por la Constitución ha sido vulnerado, considerándose consecuentemente, el juicio como nulo. La respuesta se queda en un término medio, sin duda el tribunal se inclina por una posición a fin a la ruptura de convencionalismo escenográficos arcaicos que no encuentran justificación en la época actual, sin embargo, sería necesario la constatación de que la representación solicitase al tribunal que su cliente pudiese sentarse junto a él o al menos que pudiesen tener algún tipo de comunicación. De la misma manera el tribunal establece que si bien la vulneración sufrida reviste de importancia dentro del

¹⁷ Art. 6, apartado 3. Convenio Europeo de derechos humanos.

¹⁸ Constitución española, artículo 24.2.

procedimiento, no se puede afirmar que el acusado haya sufrido una privación efectiva del derecho de defensa y por ende no puede suponer la nulidad de las actuaciones.

En la aún mas reciente sentencia del Tribunal Supremo 41/2022, de 21 de marzo de 2022, se aborda esta cuestión, preguntándose, cual es la entidad que ha de tener una infracción de las normas procesales para que pueda suponer una privación del derecho de defensa. El tribunal establece que la infracción solo supondría una “*indefensión constitucionalmente relevante*” cuando exista un perjuicio real y efectivo al derecho de defensa del que lo ostenta y entiende la indefensión como una noción material caracterizada por “*suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa, los principio de contradicción y de igualdad de partes que impide o dificulta gravantemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho.*”¹⁹

Independiente de que la decisión del juzgador en la sentencia de febrero de 2021 haya optado por considerar dicha infracción procesal no susceptible de nulidad, una cosa está clara y podemos encontrarla en la argumentación del juzgador: las cuestiones ecográficas importan, y los esfuerzos de los tribunales para adaptarlas a procesos más garantistas deben convertirse en una obligación

Lo verdaderamente sorprendente de esta cuestión es que el Tribunal Supremo no mantiene una posición especialmente contraria a estas cuestiones , al contrario de lo que pueda parecer, en su sentencia 291/2005 del 2 de marzo ya establecía que “*la propia escenografía del Plenario, con el Tribunal situado en medio del Ministerio Fiscal y de la defensa ya indica un papel de aquél diferente, distinto y distante del de la Acusación, si a la sorpresa de las preguntas, se une el aislamiento en que se encuentra situado el acusado en la Sala de Vistas, asistido de letrado pero aislado de él y sin su cercanía y sin su comunicación confidencial, no es difícil comprender las respuestas positivas que dio. En este tiempo de reformas penales, tanto sustantivas como procesales, parece llegado el tiempo de diseñar un nuevo escenario de las audiencias penales que sitúe al acusado junto con su letrado. Con ello se conseguiría una más efectiva asistencia jurídica que se vería potenciada por la propia cercanía física, y, al mismo tiempo se pondría fin a una irritante desigualdad existente en relación a la Ley del Jurado, [...] parece claro que el juicio de ponderación debe inclinarse en favor de la superior entidad que tiene -que tendría- para el mejor desarrollo del derecho de defensa que, el letrado estuviese situado junto a su cliente/defendido, en comunicación*

¹⁹STS ECLI ES:TC:2022:41 del 21 de marzo de 2022.

*permanente con él. “Sentencias más recientes, señalan que la efectividad del derecho de defensa exige el contacto real entre el acusado y su letrado, y puede decirse que incluso recomienda que tal contacto sea frecuente, así como que es un derecho la cercanía del letrado y acusado en las sesiones del juicio al objeto de consultar alguna cuestión, o estrategia.”*²⁰ Además, esta práctica tan propia del imaginario judicial Estadounidense no es tan extraña dentro del ordenamiento Español, el artículo 42.2 de Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado establece que *“El acusado o acusados se encontrarán situados de forma que sea posible su inmediata comunicación con los defensores.”*

Puede llegar a ser comprensible hasta cierto punto, que el alto tribunal sea ajeno a ciertas cuestiones de índole procesal, que como es el caso, no terminan repercutiendo en la nulidad del juicio, de la misma manera la cantidad de juicios celebrados en primera instancia en el Tribunal Supremo son ínfimos. Sin embargo, en Febrero de 2019 comenzó la fase de juicio oral contra los líderes del proceso independentista catalán, popularmente conocido como el juicio del procés, el estrado compuesto por siete magistrados y presidido por Manuel Marchena, inundó los noticiarios y las redes sociales durante meses, de esta manera el poder judicial tuvo una oportunidad irrepetible de analizar y constatar que no todas las prácticas llevadas a cabo durante el proceso penal guardan un escrupuloso respeto por los derechos fundamentales.

Por ello, creo que es plausible que los tribunales de instancias inferiores sean conscientes de esta problemática. Una problemática causada, en palabras del abogado Benjamín prieto, por una *“regulación arcaica que está a punto de cumplir los 140 años de vigencia, por muchos parches que se le hayan ido añadiendo por el camino (...) agravada por el maltrato sufrido por los usos y abusos de muchos juzgados y tribunales (no todos, evidentemente) que retorcián el sentido de su articulado sin que se vieran corregidos por instancias superiores”*.²¹

Entonces, si en base a lo expuesto, podemos asumir que tenemos unos tribunales con las herramientas necesarios para conocer de las carencias del procedimiento del que participan, no se entiende la reticencia a efectuar una interpretación normo-integradora ante la ausencia de regulación de la LCRIM, ni tampoco como puede seguir asumiéndose que la incursión de

²⁰STS ECLI: ES: TS: 2005:1281 del 2 de marzo de 2005.

²¹Prieto, B. *La pena de banquillo, la apariencia de culpabilidad y un abogado muy lejano*. Legal Today. Por y para profesionales del derecho. 7 de mayo de 2021.

un ciudadano en un procedimiento judicial, produzca de manera automática e inevitable consecuencias que trasciendan la pena impuesta por el tribunal.

3. CONSECUENCIAS DE LA PENA DE BANQUILLO

A pesar de que en los fundamentos de derecho de la sentencia anteriormente analizada se menciona varias y repetidas veces este término, aún no nos hemos detenido a dar una definición de este. La pena de banquillo, termino heredado del ámbito estrictamente deportivo, adquiere presencia en el mundo jurídico por referirse al efecto estigmatizante que provoca el simple hecho de encontrarse inmerso en un procedimiento judicial, muchas veces, sin base legal ya que ni las sentencias absolutorias pueden paliar el escarnio sufrido. Llegando incluso a condenar inocentes o modificar la propia culpa del investigado.

La infracción de un DDFD no tiene únicamente implicaciones teóricas jurídicas, si no, que supone un grave impacto en la sociedad que le rodea, cuando un ciudadano sufre el paso por un procedimiento penal, se plantea la problemática del castigo o pena social, aquella agresión a un bien jurídico protegido tan importante como es el honor y la reputación de cualquier sujeto que se producen en ocasiones con independencia de la decisión del juzgador.

Este escarnio viene de la mano del llamado proceso de victimización, concretamente, aquella sufrida por el llamado “investigado” dentro del procedimiento. Autores como Guillermo Hoyos Vazquez²² han estudiado como ciertos esquemas sociales terminan colocando en el lugar de la víctima a aquel sujeto que es tratado como victimario sin serlo. La muestra más evidente de la estigmatización post-procesal que nos viene a la mente, son aquellas surgidas por fallos condenatorios motivados por falsos testimonios, manipulación de pruebas, acusaciones falsas... En definitiva, una aplicación errónea de la legislación vigente y una asunción inmerecida de las consecuencias de esta.

Sin embargo, en este caso, la infracción viene de la mano de la pena de banquillo o la “pena de telediario”. En una sociedad tan fuertemente comunicada, los medios informativos son la principal fuente de formación de la opinión pública, los flujos de información constantes relacionados con los procesos judiciales, ya que es innegable que es un tema de interés para la opinión pública, provoca lo que se conoce como juicio paralelo. El legislador

²² Hoyos Vasquez, G. *“Las víctimas frente a la búsqueda de la verdad y la reparación Colombia”*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2007.

ya ha previsto esto en el momento en el cual impuso la obligación legal de denunciar, estableció los organismos necesarios para la persecución del delito y estableció la existencia de un cuerpo público, el Ministerio Fiscal²³. Al fin y al cabo, los medios de comunicación trabajan al servicio de la CE haciendo efectiva la obligación del artículo 24.2 donde se establece “*el derecho a un proceso público*”²⁴ y de manera indirecta contribuyen al cumplimiento del artículo 20 de la CE en el que recoge el derecho a ser informado²⁵. Sin embargo, esta publicidad del procedimiento tiene un doble rasero, especialmente en los casos más relevantes normalmente relacionados con los delitos más espinosos como el abuso sexual, en los cuales la exposición mediática masiva provoca un deterioro de la imagen y la consideración público del acusado. Y es que, en muchos casos, este escarnio es sufrido por el infractor independientemente del carácter de fallo judicial, sin que ninguna condena absolutoria pueda paliar los efectos ya producidos por esta doble pena, que trasciende los ámbitos estrictamente jurisdiccionales y procesales. El contexto donde se emite el juicio social reviste de gran importancia, no podemos negar que la conocida “opinión pública” y el contexto social en el que se desarrolle el caso son dos factores influyentes en la valoración judicial.

Esta exposición mediática masiva tiene relación con la pena de banquillo por la gran cantidad de contenido audiovisual que es frecuente encontrarnos en los informativos, donde podemos ver las salas de vistas y al infractor posicionado en el centro de la sala como si del cadalso se tratase. La forma interesada en la que los mass media cubren toda noticia relativa al ámbito judicial, largos espacios dedicados a filtraciones prestando especial atención en las condenas más noticiables, es la culpable, de la imagen distorsionada que tiene la opinión pública de lo que es el procedimiento penal, y lo que es más importante, de lo que supone adoptar el rol de un acusado.

²³García-Perrote Forn, ME. “*Proceso penal y juicios paralelos*”, pag. 90

²⁴ Art.24.8, Constitución Española.

²⁵ Art. 20, Constitución Española.

4. POSIBLES SOLUCIONES

4.1 ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.

Llegados a este punto es el momento de señalar la antigüedad de la LECRIM como parte del problema, nuestra ley de enjuiciamiento criminal data del año 1882 y hoy en día todavía seguimos sufriendo sus problemas de adaptación a los nuevos tiempos. La Constitución de 1978, dejó como tarea pendiente la redacción de una ley de enjuiciamiento criminal que estableciese un procedimiento penal apto para una sociedad democrática moderna y absolutamente comprometido con los DDFF. A pesar de que a vigente ley puede considerarse entre los juristas un texto brillante, su extensión en el tiempo ha sido sustentada a base de numerosas modificaciones, dando como resultado un mare mágnum de normas con una cuestionable conexión entre ellas. El resultado de ello es un *“edificio procesal que, aunque soporta una carga creciente, sigue sosteniéndose sobre cimientos del siglo XIX y sobre los andamios provisionalmente instalados a lo largo de casi ciento cuarenta años de vigencia”*.²⁶

Sin embargo, la solución a esta problemática cuenta con una solución en ciernes, el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal deja vislumbrar un texto legal adaptado a las necesidades socioeconómicas actuales a la par que una adaptación de la justicia española a un contexto social fuertemente comprometido con los derechos fundamentales de los que en el participan. *“El Pacto de Estado para la reforma de la Justicia firmado en mayo de 2001 constituye un ambicioso programa global de acción en esta materia, que afecta especialmente al Ministerio de Justicia, y cuyo desarrollo y eficaz coordinación aconseja introducir diversos reajustes en su organización y estructura interna”*²⁷, en este proceso de modernización se reconoció la necesidad de una nueva LECRIM, sin embargo, no fue hasta 2011 donde se anunció en el Consejo de Ministros de 22 de julio donde se anunció dicho Anteproyecto de Ley. Los principios sobre los cuales pivota esta nueva ley están claros, en palabras de la exposición de motivos del propio anteproyecto *“la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal no debía ser un mero ejercicio de mimetismo jurídico; no se trataba, según señalaba el citado texto, de un traslado irreflexivo de la estructura procesal*

²⁶Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal. Versión para la información pública. Exposición de motivos

²⁷ Real Decreto 1321/2001, de 30 de noviembre, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia.

predominante en el entorno de Estados democráticos y de instituciones supranacionales. El reto de la reforma era trazar un modelo técnicamente solvente que estuviera basado, ante todo, en lo mejor de nuestra cultura reformista y en los principios de libertad trazados en la Constitución de 1978”²⁸

El motivo por el cual se presenta el citado texto legal en construcción como una solución a la problemática mostrada en el presente estudio, se debe a una de las modificaciones introducidas con las que cuenta el texto legal, el estatuto del encausado. Este estatuto cuenta con la posibilidad de que el acusado participe activamente en el procedimiento, recordemos lo que habíamos apuntado en apartados anteriores, sobre la teoría del convidado de piedra y como el acusado era un mero espectador del procedimiento. Este nuevo enfoque mucho más colaborativo permite que el nuevo encausado intervenga “*en todas las diligencias de investigación que se realicen, salvo los casos que estén excluidos por disposición expresa de la ley.*”²⁹, de esta manera se pretende incidir en las cuestiones relativas al derecho de defensa ya que es el presupuesto esencial que debería articular todo el procedimiento.

En cuanto al aspecto más social de la presente problemática, refiriéndonos con esto, a la estigmatización sufrida por la persona acusada, la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal opta por un cambio de denominación. No es la primera vez que una reforma aborda este tipo de problemática “*A partir de la LO 13/2015, de 5 de octubre de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se dispone la «sustitución de términos» en un detallado catálogo de artículos de la ley procesal; así en los artículos 120, 309bis, 760, 771, 775, 779, 797, 798, de la LECRIM., se verá sustituido el término imputado por el de investigado; en los artículos 325, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 511, 529, 530, 539, 544ter, 764, 765, 766, 773 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Real Decreto de 14 de septiembre de 1882) el de imputado” por investigado o encausado; en el artículo 141 la expresión “imputados o procesados” se sustituye por 2 “investigados o encausados”; en los artículos 762, 780, 784 se sustituye “imputado” por “encausado”; y en los artículos 503 y 797 la mención “imputada” deberá entenderse hecha a “investigada”*”³⁰. El término adoptado en el nuevo texto legal es de “encausado”, cuyo significado define a una persona que se encuentra en el curso de un procedimiento, simple y llanamente. Con esta redefinición del término, la nueva ley pretende

²⁸ Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal. Versión para la información pública. Pag. 1.

²⁹ Novedades del anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal.

³⁰ Gómez Padilla, IM. *Diferencias conceptuales entre imputado, investigado, procesado y encausado. Derecho de defensa.*

establecer una correcta denominación en relación al ámbito de aplicación de la norma, en palabras de Manuel Marchena “*Se trata, en definitiva, de impedir que la llamada al proceso para ejercer la defensa no equivalga a condena social y así excluir la perniciosa función “intimidatoria y estigmadora”*”³¹.

4.2. ARTÍCULO 42.2 DE LA LEY DEL JURADO.

Otra de las posibles soluciones la encontramos dentro de nuestro cuerpo legislativo, y cuya aplicación supondría solventar la problemática aducida por el abogado Fernando Vecino Prada, es el ya mencionado artículo 42 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, establece que “*1. Tras el juramento o promesa, se dará comienzo a la celebración del juicio oral siguiendo lo dispuesto en los artículos 680 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. 2. El acusado o acusados se encontrarán situados de forma que sea posible su inmediata comunicación con los defensores.*”³²

Según el artículo 125 de la CE “*Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales*”.³³, para dar cumplimiento a este mandato se crea en 1995 Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado con el fin de regular la acción ciudadana y la participación de estos en la justicia con respecto a aquellos procesos que la ley determine. La ley asimila el desarrollo del juicio oral ante jurado al procedimiento descrito en los artículos 680 y siguientes de la ley de enjuiciamiento criminal, sin embargo reviste de una serie de peculiaridades que son de interés para el tema que nos ocupa.

Dicha especialidad es la contemplada en el apartado del artículo 49 de la ley del jurado. Al más puro estilo del procedimiento anglosajón, la ubicación de los encausado durante el desarrollo del juicio se encuentra justo al lado de su abogado defensor, en palabras del jurista José Manuel Chozas Alonso “*Esta novedad no sólo es importante desde el punto de vista formal —subyuga, en cierta medida, la tradicional «igualdad en alturas» del art. 187.2 LOPJ*

³¹ Marchena Gomez, M y Gonzalez-Cuellar Serrano, N. *La reforma de la ley de enjuiciamiento criminal en 2015*, Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, Madrid 2015.

³² Artículo 42. Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

³³ Artículo 125. Constitución Española.

(289)—, sino también desde el material, puesto que potencia al máximo el ejercicio del derecho de defensa del acusado”³⁴, con esta modificación se consigue una total supresión de la ya tan mencionada “pena de banquillo” a la par que se libera el encausado de la deslocalización y el aislamiento sufrido con la disposición actual. Algún autor ha llegado a considerar que un uso extensivo del artículo 42.2 de la LOTJ haría surgir la necesidad de una reforma integral de la escenografía tradicional del proceso español, ante esta posibilidad, cabe destacar la absoluta compatibilidad con el artículo 187.2 de la LOPJ en el cual se establece que “*En audiencia pública, reuniones del Tribunal y actos solemnes judiciales, los Jueces, Magistrados, Fiscales, Secretarios, Abogados y Procuradores usarán toga y, en su caso, placa y medalla de acuerdo con su rango. 2. Asimismo, todos ellos, en estrados, se sentarán a la misma altura.*”³⁵. Si bien es cierto que sería necesaria una recolocación y tal vez una nueva configuración de nuestras salas de vistas, no hay motivo alguno por el que no pueda llevarse a cabo respetando los principios de la concepción estética del enjuiciamiento de nuestro país.³⁶

Para el jurista Jose Antonio Tomé García, los beneficios procesales de esta posición para el acusado son evidentes, ya que de esta manera se hace posible la comunicación directa entre abogado y acusado en el momento de la práctica de la prueba testifical, pudiendo además, participar activamente sugiriéndole al letrado ciertas preguntas. De esta manera, se consigue una mayor efectividad del derecho de defensa y eliminamos la concepción del acusado como un mero espectador.³⁷

El problema fundamental es la falta de extensión de este precepto a la generalidad de los procedimientos penales, ya que si entendemos el banquillo como una agresión directa al derecho de defensa, nos encontramos con encausados que por encontrarse bajo los presupuestos competenciales establecidos en el artículo 1 de la ley del tribunal del jurado, cuenta con una serie de ventajas en lo relativo a su defensa y por ende, puede inferir que supondría una vulneración del artículo 24 de la CE.

³⁴ Chozas Alonso, JM.: “*Aplicación de la ley de enjuiciamiento criminal*”, Andrés de la Oliva Santos, Jaime Vegas Torres, Gonzalo Aranda y Antón, Lorena Bachmaier Winter, Julio Banacloche Palao, Marina Cedeño Hernan, José Manuel Chozas Alonso, Jesús María González García, Francisco López Simo, Marien Aguilera Morales, Jose Antonio Tomé García, Rafael Hinojosa Segovia, Ignacio Díez -Picazo Giménez, David Arias Lozano, Sara Aragonés Martínez, “*Comentarios a la Ley del jurado*”, Centro de Estudios Ramón Areces, Editorial Universitaria Ramón Areces, España 1999. Pag 451.

³⁵ Art. 187. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

³⁶ AChozas Alonso, JM. “*Aplicación de la ley de enjuiciamiento criminal*”, pag 8.

³⁷ Tomé García, J.A., *El Tribunal del Jurado: competencia, composición y procedimiento*, Madrid, Edersa, 1996, pág. 159.

4.3 EL CONCEPTO DE “CONTEMPT OF COURT”

Las anteriores posibles soluciones van encaminadas a la eliminación radical de los usos forenses que producen los perjuicios jurídicos y sociológicos que hemos señalado anteriormente. Sin embargo, en caso de producirse podemos encontrar herramientas en ordenamientos jurídicos extranjeros que pueden paliar estos efectos.

El concepto de contempt of court, entendido como algo similar a “desacato al tribunal” se trata de un recurso rescatado del derecho anglosajón, que aúna una serie de medidas dirigidas a garantizar la independencia e imparcialidad del tribunal que conozca de una causa judicial, sobre todo, pretendiendo minimizar todo tipo de influencia externa provenientes, principalmente, de los medios de comunicación que pudieran tener algún impacto en el posterior fallo.³⁸

Como ya hemos explicado, la deshumanización sufrida por el encausado alcanza su mayor gravedad con la proliferación de la imagen del banquillo por los principales medios de comunicación. Una posible solución, en todo caso, analizando el contexto nacional con la adaptación necesaria para transponerlo al derecho patrio, podría residir en el control de la información y las imágenes que se distribuyen de las personas encausadas que se encuentren en posición de banquillo o en situaciones análogas susceptibles de producir los mismos efectos. Sin bien es cierto, que esta figura está dirigida a la protección de la independencia judicial ante la opinión pública y los mass media, tal vez podamos efectuar una reinterpretación del término y reorientar dicha protección al acusado. De la misma manera que con el “contempt of court” se pretende no ensuciar la imparcialidad de los juzgadores, procurando no influir en la visión que tienen de las partes para no adquirir tintes partidistas, podemos implementar medidas que eviten desde ejerciendo un principio la criminalización del acusado. Las medidas a las que me refiero pueden tratarse de un control sobre la información, principalmente audiovisual, donde se le pueda ver sentado en el banquillo o en cualquier otra posición estigmatizante.

Ciertamente, esto presenta una problemática evidente, de ahí la cautela a la hora de afrontar estas medidas, y es en primer lugar lo susceptible que resulta una limitación de la libertad de prensa y en segundo lugar la dificultad a la hora de controlar la difusión de información.

³⁸García-Perrote Forn, M.E. “Proceso penal y juicios paralelos”, pag 226.

Sin duda, se trata de una limitación de la información suministrada, sin embargo, bajo mi punto de vista no es incompatible la existencia de la libertad de prensa con un control de la actividad de la misma, es importante puntualizar que la libertad de prensa, así como la libertad de expresión e información son susceptibles de limitaciones siempre y cuando entren en conflicto con otro tipo de derechos. Tal vez la solución sería la creación de un órgano, los más alejado posible del poder político o administrativo, tradicional e indudablemente partidista, que sirva de garantía de los principios constitucionales en la difusión de la información.

4.4 PROCEDIMIENTOS SIN DILACIONES INDEBIDAS

He observado que la pena de banquillo tiene una íntima relación con el fenómeno de las dilaciones indebidas en el procedimiento penal. Prueba de ello la encontramos en la reciente sentencia del Tribunal Militar Territorial primero de 21 de febrero de 2021 y que se ha extendido a lo largo de 9 años de investigación judicial, siete años bajo la condición de investigado y cinco años como procesado, tras lo cual ha sido absuelto el Suboficial acusado de un delito contra la Hacienda Militar.³⁹

Aclarar, que la celebración del juicio oral en el ámbito militar, lugar de procedencia de esta sentencia, se asimila a la del procedimiento ordinario, por lo que estamos legitimados para hablar de la pena de banquillo en los mismo términos que lo hemos hecho hasta este momento. La especial relación de la pena de banquillo con las dilaciones indebidas se hace patente en esta sentencia.

Conocemos como dilación indebida un atenuante de la pena impuesta por una duración excesiva del procedimiento, sin embargo, la vertiente de atenuante no palia las consecuencias negativas producidas por la pena de banquillo, es decir, una dilación indebida puede suponer una pena menor, pero una repercusión social mucho mayor. Esta sentencia es un ejemplo prototípico de cómo la pena de banquillo tiene unos efectos que van más lejos de los estrictamente legales y procesales. El hecho de que el suboficial en cuestión estuviese bajo una investigación penal trascendió la presunción de inocencia le colocó en un plano de *“absoluta fiscalización administrativa a lo largo de esos 7 “interminables” años y calvario procesal”*. Causa, que afectó a sus aspiraciones profesionales y le mantuvo en una permanente

³⁹ Flores Gonzalez, M.D.”*Tras siete años de pena de banquillo, se hizo justicia*”, AUME, Asociación unificada de militares Españoles. Madrid, 7 de abril de 2021. Pag 1

vigilancia.⁴⁰ En definitiva el meritado suboficial fue una víctima de un juicio paralelo que le supuso una repercusión en su vida familiar, social y profesional que se vio agravada por la larga exposición a ese proceso estigmatizador. Por ende la minimización de los tiempos de los procesos, reduce a su vez el tiempo que un acusado se sienta en el banquillo, minimizando de esta manera la posibilidad de sufrir una doble pena.

5. LA PENA DE BANQUILLO FRENTE A LA PROTECCIÓN DEL MENOR

Si hay una especialidad del procedimiento donde la falta de extensión del artículo 42.2 de LOTJ resulta especialmente extraña, es en el procedimiento de menores. El principio de interés general del menor constituye en una pieza fundamental desde el punto de vista conceptual y valorativo de derecho penal de menores, en una primera aproximación a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores podemos observar como este principio se repite en una gran cantidad de ocasiones permeando todo el procedimiento rigiendo todas las actuaciones que se llevan a cabo en su seno.⁴¹

Los procedimientos que versan sobre menores, son ciertamente sensibles, en primer lugar, por el carácter de hecho noticiable, y en segundo lugar por la vulnerabilidad del sujeto sobre el que recae, es por ello que nuestra legislación es especialmente proteccionista en este sentido.

Si acudimos al artículo 680 de la LECRIM encontramos regulada la publicidad de actuaciones que rige como regla general⁴², sin embargo, en su artículo siguiente establece que a criterio del juez o tribunal podrá acordarse la celebración del juicio a puerta cerrada siempre que *“así lo exijan razones de seguridad u orden público, o la adecuada protección de los derechos fundamentales de los intervinientes, en particular, el derecho a la intimidad de la víctima, el respeto debido a la misma o a su familia, o resulte necesario para evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del*

⁴⁰ Flores Gonzalez, M.D. “Tras siete años de pena de banquillo, se hizo justicia”, pag 2.

⁴¹ Paredes Castañón, J.M. “El principio del «INTERÉS DEL MENOR» EN DERECHO PENAL: UNA VISIÓN CRÍTICA”, Revista de derecho penal y criminología, 3ª Epoca, nº10, Oviedo, julio de 2013.

⁴² Art. 680. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

proceso”⁴³. De la misma manera la LEC, establece en su artículo 138.2 que el secreto de actuaciones podrá llevarse a cabo en caso de “*intereses de los menores*”⁴⁴ Es decir, regla general que rige en el procedimiento es la de publicidad de las actuaciones, con la excepción de dos situaciones: la primera, cuando sea necesario por existir factores que pongan en peligro el correcto funcionamiento del proceso y la segunda, cuando existan menores implicados, especialmente si el menor se cuenta en el papel del acusado.

En todos los casos en los que el menor se encuentre en la posición de acusado, el secreto de actuaciones se manifiesta por la especial vulnerabilidad del sujeto, procurando minimizar la categorización del menor como un criminal, evitando a toda costa que su identidad se difunda.

Buena cuenta de ello da el Tribunal Constitucional en su sentencia del 15 de julio de 1999 donde establece claramente, que el interés general del menor supone un límite claro e “*infranqueable*” tanto a la libertad de expresión del artículo 20.1 a) de la CE Española como al derecho fundamental de la libertad de prensa del artículo 20.1 d) CE.⁴⁵

Un ejemplo inmejorable, lo encontramos en un caso acontecido en Inglaterra, en el cual dos menores de diez años, secuestran y asesinan a otro menor de dos años de edad. Por motivos obvios, el caso se hizo eco en todos los medios de comunicación y la brutalidad y violencia ejercidos por ambos acusados hicieron que el procedimiento fuese absolutamente públicos, incluso con autorización por parte del juez de la difusión de sus identidades. El resultado fueron episodios de ansiedad y terror, constatados por informes psicológicos, debido a la explotación masiva de los medio de comunicación.⁴⁶

También la Fiscalía establece medidas especiales de protección en lo relativo a la informacione que afecten a menores, con el fin, nuevamente, de maximizar el grado de protección durante la época de desarrollo personal y la salvaguarda del “*derecho al olvido*”, oponiéndose a toda difusión de datos personales que contengan riesgo de identificación, especialmente tratándose de delitos contra la libertad sexual.⁴⁷

⁴³ Art. 681. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁴⁴ Art. 138.2, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁴⁵STC 137/1999, de 15 de julio.

⁴⁶ García-Perrote Forn, M.E. “*Proceso penal y juicios paralelos*”. Pag 165.

⁴⁷ García-Perrote Forn, M.E. “*Proceso penal y juicios paralelos*”. Pag 171.

Tras lo expuesto no queda duda que el legislador se inclina por la protección del menor, concretamente en todo lo relativo a la difusión de su identidad y todas las repercusiones que trasciendan del propio proceso a la vida del menor. La reinserción es un objetivo perseguido en la generalidad de casos en los que el proceso penal hace surgir una condena, pero adquiere una especial trascendencia en caso de los menores. Su notable juventud y el estado de desarrollo en el que se encuentran, provoca que sea necesario tratar el tema de su enjuiciamiento con un especial tacto. Por todo ello, creo que la aplicación del artículo 42.2 de la LOTJ tiene una cabida más que justificada.

Si entendemos que en el procedimiento ante jurado, la comunicación del acusado con su abogado defensor adquiere una especial importancia por la entidad de los delitos que se juzgan, no se me ocurre procedimiento con más sensibilidades que el enjuiciamiento de menores y en el que sea más importante evitar la estigmatización del acusado.

CONCLUSIONES

Cuando estudiamos las vulneraciones de derechos fundamentales, lo hacemos con situaciones en las cuales dicha agresión es fácilmente apreciable. Abusos policiales, discriminaciones, ataques directos y notorios a la independencia judicial..., concretamente, en el procedimiento penal y concretando aún más en el derecho de defensa, acostumbramos a ver casos como el descrito en la sentencia del Tribunal Supremo del 6 de septiembre de 20221 en el que el presidente del tribunal dio por finalizada la sesión cuando el acusado procedía a leer sus notas para efectuar su alegación, vulnerando así, el derecho a la última palabra del artículo 739 de la LECRIM.

Tras este estudio, es innegable el convencimiento al que he conseguido llegar sobre la importancia de las cuestiones escenográficas y los usos forenses en nuestro procedimiento, que alejados de las vulneraciones más evidentes, pasan por debajo de la atención del legislador y son el resto de sujetos que participan en él, los encargados de señalarlos. En los debates alejados de las esferas jurídicas en los cuales surgen comparaciones con el procedimiento penal estado unidense tan conocido por la influencia del cine y cuya característica más llamativa reside en el apartado escenográfico o la puesta en escena, se tratan cuestiones tales como la posición del acusado, el jurado o la manera en la que los letrados ejercen sus funciones como meros elementos estéticos que no tienen influencia mas allá de actuar como características diferenciadoras entre el procedimiento patrio y el resto. Es relativamente

sencillo darle este tratamiento, sin embargo, con una aproximación a estas cuestiones descubrimos, como es mi caso, la influencia que tienes en algo tan básico y definitorio como los DDFF de las partes

Este convencimiento, nos conduce a la siguiente idea: Todos los usos que vemos dentro de un procedimiento tienen su trascendencia, las togas otorgan a los componentes del estrado ese aspecto de respeto y distinción, la altura del propio estrado representa la igualdad en la que se encuentran sus componentes además de responder a una norma legal ya mencionada contenida en el artículo 187 de la LECRIM, nada es simplemente un foto propia del imaginario colectivo, todo tiene un por qué.

La segunda conclusión, es que estas cuestiones no limitan su influencia al ámbito estrictamente simbólico, por gran importancia que revista la representación física de los principios rectores del procedimiento, sus efectos tiene una influencia palpable, comprobable y evidente en el resultado y la eficacia del procedimiento. Concretamente hemos estudiado la posición del acusado en el banquillo central de la sala y hemos visto como efectivamente esa posición deslocalizadora dificulta gravemente que la defensa letrada pueda ser efectiva, toda la participación del mismo se limita a los momentos previos al juicio sin poder hacer nada más que escuchar, ni siquiera ver, la práctica de la prueba, pudiendo afirmar sin demasiado desacierto que el acusado no participa en el procedimiento penal.

Al analizar el artículo 42.2 de la LOTJ, no encontraba razón alguna para no llevar a cabo una interpretación extensiva de dicho precepto, ya que se trata de una solución directa a esta problemática, es más, la literalidad del artículo expresa el motivo por el cual el cambio de posición contribuye al correcto cumplimiento del derecho a la asistencia letrada efectiva “*la comunicación con el abogado*”. A fin de cuentas, sigo sin encontrarla, en absoluto pretendo con esta afirmación, insinuar que son incorrectas las posturas de los autores que afirman que la interpretación extensiva de este pretexto, supondría tener que reformar algunos principios sobre los que se organiza el desarrollo de las vistas orales, por ejemplo, el Magistrado Antonio Narváez Rodríguez afirma que para la inclusión del artículo 42.2 sería necesario la reforma del principio de altura contemplado en el artículo 187.2 de la LECRIM. Personalmente y como ya he apuntado, creo en su absoluta compatibilidad, pero con independencia de ello, creo que la entidad de la reforma es menor que el beneficio, creo que queda patente, que podemos asumir que hay suficientes evidencias para poder hablar de la vulneración de un DDFF. En un primer vistazo al presente estudio, encontramos sendos

autores que han hablado del efecto estigmatizador del banquillo, así como, tribunales que en un ejercicio de autocrítica reconocen ciertos inmovilismos en modelos convencidos a golpe de costumbre.

Sin embargo, percibo cierta reticencia en cuanto a toda reforma que implique un cambio escenográfico, como en todos los ámbitos, entiendo que lo más visible es lo que más se resiste a ser modificado. El simple hecho de que los primeros recursos en este sentido se remonten a los últimos años, el que nuestra propia legislación contemple una solución directa, pero aún no se ha considerado necesario implementarla o que en la propia argumentación de la sentencia asuma la existencia de la problemática pero no perciba una vulneración constitucional efectiva y de entidad, me hacen inferir que tal vez la fuerza de la costumbre haya hecho de estas prácticas algo realmente difícil de cambiar.

Sin embargo, esta reflexión, cuyo mérito no me atribuyo ya que está construida en base a las argumentaciones, debates y análisis de muchos autores, encuentra su legitimación al observar que el anteproyecto de la nueva ley de enjuiciamiento criminal tiene en cuenta una reforma en este sentido. Es sencillo hacer un análisis de los cambios abordados a lo largo de la historia para hacer del procedimiento penal algo sólido y garantista, y considerar que fueron cambios lógicos y evidentes, pero todas las ideas tienen su contexto en el tiempo, al fin y al cabo nos encontramos en una sociedad preocupada por ejemplo, por la imagen errónea que los medios de comunicación dan del proceso penal y muy consciente de los perjuicios que las nuevas tecnologías de la información puede causar en el individuo. Este tipo de pensamiento comienza a permear en la legislación, prueba de ello es la futura nueva LECRIM, que pretende eliminar la despersonalización de la figura del acusado y convertirla en una verdadera parte del procedimiento que cumpla con el principio de igualdad. La parte negativa, es la tardanza en la entrada en vigor de la nueva ley ritual a los seis años de su publicación en el BOE, aunque sin duda se están dando buenos pasos en la dirección correcta, aunque de momento se perciban como insuficientes, la tendencia reformista sigue su curso en el sentido de alcanzar el ansiado “proceso debido”.

BIBLIOGRAFÍA

- Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal. Versión para la información pública.
- Barrientos Pancho, JM. “*El derecho de defensa en el proceso penal*”, Práctico procesal penal, Abril 2022.
- Caamaño, F. “*El derecho a la defensa y asistencia letrada. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes*”, Revistas del INAP, Cuadernos de Derecho Público. 1997-2007, mayo de 2000
- Chozas Alonso, JM.: “*Aplicación de la ley de enjuiciamiento criminal*”, Andrés de la Oliva Santos , Jaime Vegas Torres, Gonzalo Aranda y Antón, Lorena Bachmaier Winter, Julio Banacloche Palao, Marina Cedeño Hernan, José Manuel Chozas Alonso, Jesús María González García, Francisco López Simo, Marien Aguilera Morales, Jose Antonio Tomé García, Rafael Hinojosa Segovia, Ignacio Díez -Picazo Giménez, David Arias Lozano, Sara Aragoneses Martínez, “*Comentarios a la Ley del jurado*”, Centro de Estudios Ramón Areces, Editorial Universitaria Ramón Areces, España 1999.
- Constitución española.
- Convención Europea de derechos humanos.
- García-Perrote Forn, ME. “*Proceso penal y juicios paralelos*”, Atelier Libros S.A., Barcelona, España, 2016.
- Gómez Colomer, JL. “*Introducción al derecho penal Español*”, In Nuevo Foro Penal, Abril de 1985.
- Gómez Padilla, IM. *Diferencias conceptuales entre imputado, investigado, procesado y encausado. Derecho de defensa.*
- Hoyos Vásquez, G. *Las víctimas frente a la búsqueda de la verdad y la reparación:* Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2007.
- Flores Gonzalez, M.D.”*Tras siete años de pena de banquillo, se hizo justicia*”, AUME, Asociación unificada de militares Españoles. Madrid, 7 de abril de 2021.
- Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Marchena Gomez, M y Gonzalez-Cuellar Serrano, N. *La reforma de la ley de enjuiciamiento criminal en 2015*, Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, Madrid 2015.

- Narváez Rodríguez, A. “*El jurado en España*”, Editorial Comares, Granada, septiembre de 1995.
- Novedades del anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Prieto, B. *La pena de banquillo, la apariencia de culpabilidad y un abogado muy lejano. Legal Today. Por y para profesionales del derecho.* 7 de mayo de 2021.
- Real Decreto 1321/2001, de 30 de noviembre, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Tomé García, J.A., *El Tribunal del Jurado: competencia, composición y procedimiento*, Edersa, Madrid, 1996.
- Vílchez Gil, M. A. “*Garantismo penal, crisis del derecho*”. Enero de 2018.

JURISPRUDENCIA

- STC 137/1999, de 15 de julio de 1999.
- STS ECLI: ES: TS: 2005:1281 del 2 de marzo de 2005.
- STS ECLI:ES:TS:2021:811 del 21 de febrero de 2021
- STS ECLI ES:TC:2022:41 del 21 de marzo de 2022
- STS ECLI: ES: TS: 2021:3272 del 6 de septiembre de 2022.